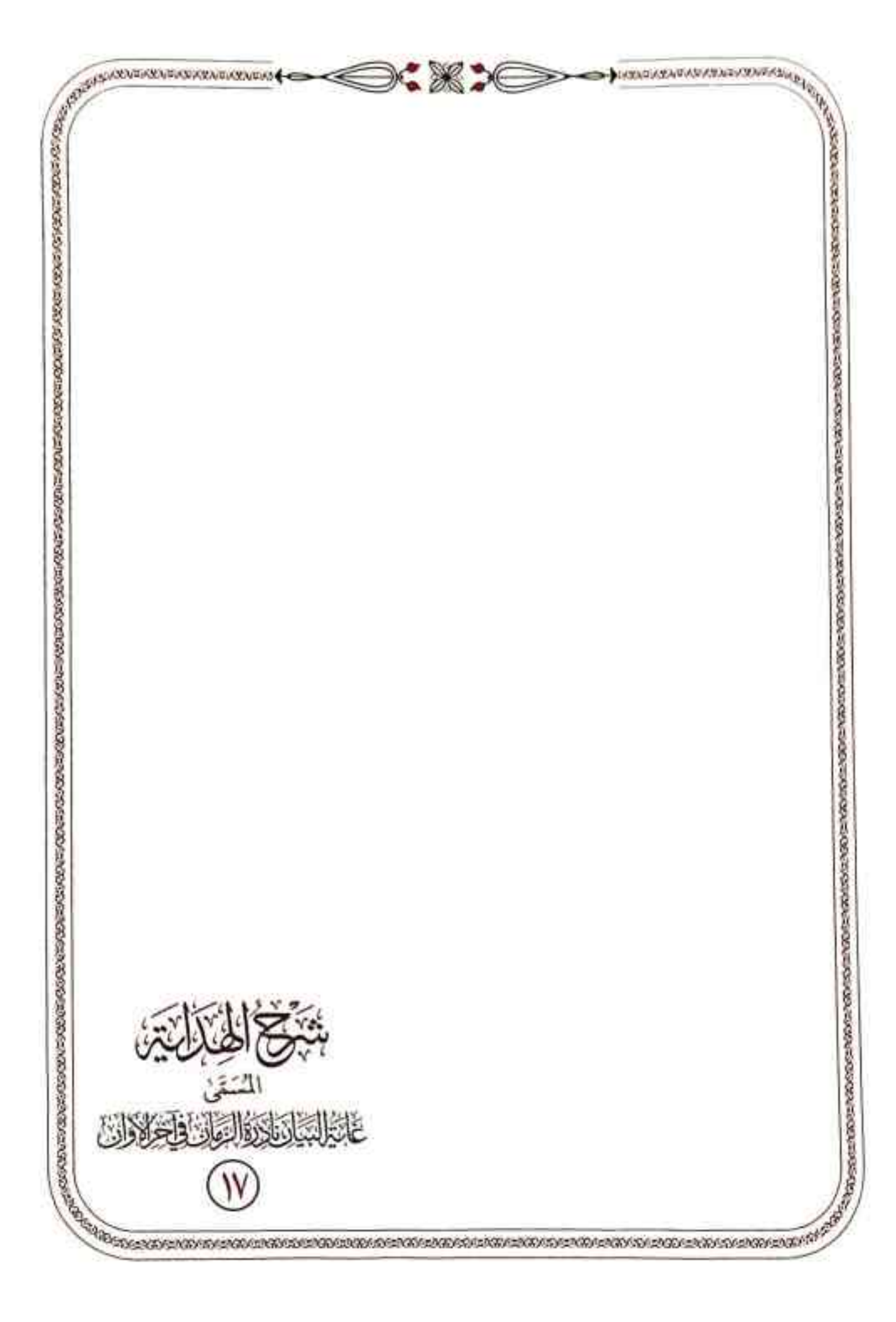

شرح الهداية
المسمى
غاية البيان نادرة الزمان في آخر الأوان
١٧



دار الضياء للنشر والتوزيع

الكويت - حولي - شارع المثنى

ص.ب ١٣٤٦ حولي

الرمز البريدي ٣٢٠١٤

تلفاكس: ٠٠٩٦٥٢٢٦٥٨١٨٠

نقال: ٠٠٩٦٥٥٠٤٠٩٩٢١

Dar_aldheyaa2@yahoo.com
Abdou20201@hotmail.com
www.daraldheyaa.net



جمهورية مصر العربية - القاهرة

التجمع الخامس- الحي الثالث- فيلا 152

الهاتف: 00201127999511

International library of manuscripts(ILM)

1155726

رقم الإيداع المحلي: 2017/23123

رقم الإيداع الدولي: 3-9- 85365- 977-978

info@ilmarabia.com



الموزعون المعتمدون

- **دولة الكويت**
  دار الضياء للنشر والتوزيع - حولي — الفاكس: ٢٢٦٥٨١٨٠ — نقال: ٥٠٤٠٩٩٢١

- **جمهورية مصر العربيّة**
  دار الأصالة للنشر والتوزيع - المنصورة — محمول: ٠٠٢٠١٠٠٠٣٧٣٩١٨ — محمول: ٠٠٢٠١٠٩٨٣٢٥٨٣١

- **المملكة العربية السعودية**
  مكتبة الرشد - الرياض — هاتف: ٤٣٢٩٣٣٢ - ٢٠٥١٥٠٠
  دار التدمرية للنشر والتوزيع - الرياض — هاتف ٤٩٢٥١٩٢ — فاكس: ٤٩٢٧١٣٠
  دار المنهاج للنشر والتوزيع - جدة — هاتف ٦٣١١٧١٠
  مكتبة المتنبي - الدمام — هاتف ٨٣٤٤٩٤٦ — فاكس: ٨٤٣٢٧٩٤

- **برمنكهام - بريطانيا**
  مكتبة سفينة النجاة — هاتف: ٠٠٤٤٧٤٧٢٠٤٢٨٢٤ — هاتف: ٠٠٤٤٧٤٩٥٠٧٤٠٢٥

- **المملكة المغربية**
  دار الرشاد الحديثة - الدار البيضاء — هاتف: ٠٠٢١٢٥٢٢٢٧٤٨١٧

- **الجمهورية التركية**
  مكتبة الإرشاد - إسطنبول — هاتف: ٠٢١٢٦٣٨١٦٣٣/٣٤ — فاكس: ٠٠٢١٢٦٣٨١٧٠٠

- **جمهورية داغستان**
  مكتبة ضياء الإسلام — هاتف: ٠٠٧٩٨٨٣٠٣١١١١ - ٠٠٧٩٨٨٧٧٣٠٣٠٦٠
  مكتبة الشام - خاسافيورت — هاتف: ٠٠٧٩٢٨٨٧٢٩٥٠٥ - ٠٠٧٩٢٨٨٦٦١١٤٧٤

- **الجمهورية العربية السوريّة**
  دار الفجر - دمشق - حلبوني — هاتف: ٢٢٢٨٣١٦ — فاكس: ٢٤٥٣١٩٢

- **الجمهورية السودانية**
  مكتبة الروضة الندية - الخرطوم - شارع المطار — هاتف: ٠٠٢٤٩٩٩٠٠٤٣٥٧٩

- **المملكة الأردنية الهاشميّة**
  دار محمد دنديس للنشر والتوزيع - عمان — هاتف: ٠٦٤٦٥٣٣٩٠ - ٠٧٨٨٢٩١٣٣٢

- **دولة ليبيا**
  مكتبة الوحدة - طرابلس
  شارع عمرو ابن العاص — هاتف: ٠٩١٣٧٠٦٩٩٩ - ٠٢١٣٣٣٨٢٣٨



شرح الهداية

المسمى

غاية البيان نادرة الزمان في آخر الأوان

تصنيف

الإمام القاضي الفقيه الأصولي النظار أبي حنيفة

قوام الدين أمير كاتب بن أمير عمر الأتقاني الفارابي الحنفي

(ت ٧٥٨هـ)

تحقيق

مركز الدراسات والبحوث

بمؤسسة علم لإحياء التراث والخدمات الرقمية

إشراف

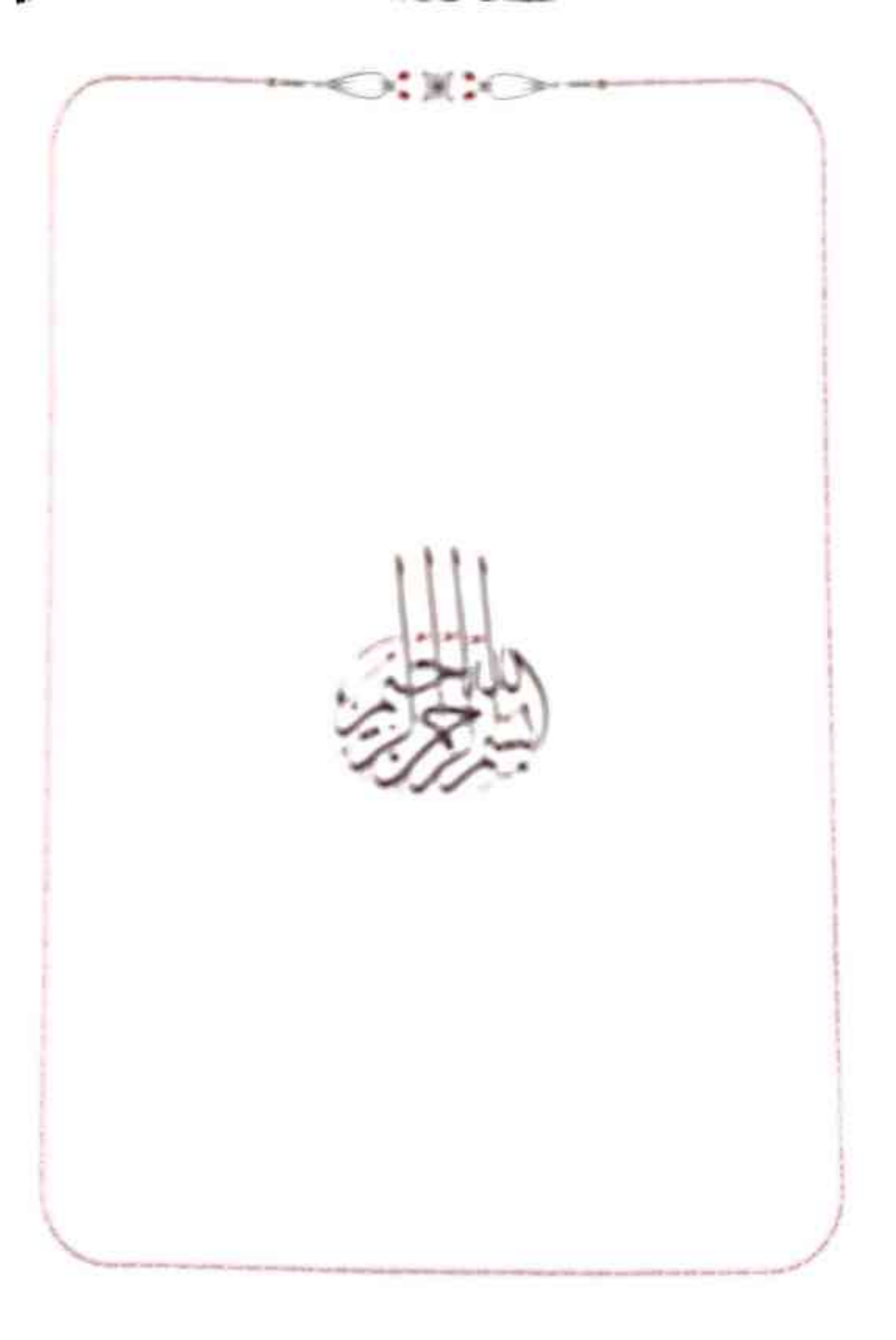
عبد العاطي محيي أحمد الشرقاوي

المجلد السابع عشر

باب ما يحدثه الرجل في الطريق - مسائل شتى

دار الضياء
للنشر والتوزيع
الكويت

علم لإحياء التراث
والخدمات الرقمية
لندن - مصر


بسم الله الرحمن الرحيم

بَابُ
مَا يُحْدِثُهُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ

قَالَ: وَمَنْ أَخْرَجَ إِلَىٰ الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ كَنِيفًا، أَوْ مِيزَابًا، أَوْ جُرْصُنًا، أَوْ بَنَىٰ دُكَّانًا؛ فَلِرَجُلٍ مِنْ عُرْضِ النَّاسِ أَنْ يَنْزِعَهُ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ صَاحِبُ حَقٍّ

بَابُ
مَا يُحْدِثُهُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ

لمَّا فَرَغَ عنْ بيانِ القَتلِ بِسَبِيلِ المُباشرةِ: شَرَعَ فيما يَكُونُ سَببًا للقَتلِ تَسْبيبًا كالجُرْصُنِ[1] ونحوِه؛ لأنَّ المُباشرةَ أصْلٌ لحُصولِ القَتلِ بلا واسطةٍ، ولأنَّ ذلكَ أكثرُ وُقوعًا، فكانَ الحاجةُ إلىٰ ذِكْرِهِ أَمَسَّ، فقُدِّمَ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَخْرَجَ إِلَىٰ الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ كَنِيفًا، أَوْ مِيزَابًا، أَوْ جُرْصُنًا، أَوْ بَنَىٰ دُكَّانًا؛ [٨/١٦٧و/م] فَلِرَجُلٍ مِنْ عُرْضِ النَّاسِ أَنْ يَنْزِعَهُ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ».

وصورتُها في أصْلِ «الجامعِ الصَّغيرِ»[2]: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: في الرَّجلِ يُخْرِجُ في الطَّريق الأَعْظَمِ كَنِيفًا، أو جُرْصُنًا، أو مِيزابًا، أو يَبْنِي دُكَّانًا، قال: فَلِرَجُلٍ مِنْ عُرْضِ النَّاس أنْ يَجِيءَ فَيَنْزِعَ ذلك كُلَّهُ. وقالَ: لصاحبِ هذه الأشياءِ الَّتي ذُكِرَتْ أنْ يَنْتَفِعَ بها إذا كانَتْ لَا تَضُرُّ بالمسلمينَ.

وإنْ كانَتْ تَضُرُّ بالمسلمينَ فإنِّي أَكْرَهُ أنْ يَصْنعَ شيئًا مِنْ ذلكَ، وكذلكَ البالُوعةُ يَحْفِرُهَا في الطَّريقِ الأَعْظَمِ، قالَ: يُمْنَعُ مِن ذلكَ، فإنْ كانَ السُّلطانُ

---

(١) يأتي شرح المصنِّف له قريبًا.

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٣].

بِالْمُرُورِ بِنَفْسِهِ وَبِدَوَابِّهِ فَكَانَ لَهُ حَقُّ النَّقْضِ، كَمَا فِي الْمِلْكِ الْمُشْتَرَكِ فَإِنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ حَقُّ النَّقْضِ لَوْ أَحْدَثَ غَيْرُهُمْ فِيهِ شَيْئًا فَكَذَا فِي الْحَقِّ الْمُشْتَرَكِ.

غاية البيان

[هوَ][1] أمَرَهُم بِحَفْرِها، وأَجْبَرَهُم عليها؛ فلا ضمانَ عليهم فيما وقَعَ فيها، وإنْ كانُوا حَفَروها بغيرِ أمْرِ السُّلطانِ؛ فهم ضامنونَ». إلى هنا لفظُ «**الجامعِ الصغيرِ**».

وذلكَ لأنَّ طريقَ المسلمينَ حقُّ عامَّتِهم، فإذا شَغَلَهُ بما ليسَ بِحَقٍّ له كانَ لواحدٍ منْ أهلِ الطريقِ دَفْعُه.

قالَ فَخْرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ ﷺ: «ويَدْخُلُ في الرَّجُلِ مِنْ عُرْضِ النَّاسِ: الكافرُ؛ لأنَّ الكُفَّارَ في اسْتِحْقاقِ الطَّريقِ مثلُ المسلمينَ، ويسَعُ للعاملِ أنْ يَنْتَفِعَ بها ما لَمْ يُضِرَّ بالمسلمينَ؛ لأنَّه مِنْ جُملةِ المُسلمينَ، ولهُ حقُّ الانتفاعِ ما لَمْ يَضُرَّ بالمسلمينَ كالمُرورِ، فإذا أَضَرَّ بالمسلمينَ كُرِهَ الانتفاعُ به؛ لأنَّ ما كانَ مِنْ حُقوقِ العامَّةِ، فالانْتِفاعُ به يَكُونُ حقًّا لَا مِلْكًا، فيَكُونُ مُباحًا بشَرْطِ السَّلامةِ وعدمِ التَّعدِّي.

وكذا البالُوعةُ يَحْفِرُها في الطَّريقِ لِمَا قُلْنا، فإنْ كانَ [٣/٤٢٣و] السُّلطانُ أمَرَه بِحَفْرِها، وأَجْبَرَه على ذلكَ، فلا ضمانَ عليه فيما عَطِبَ فيه؛ لأنَّ للسُّلطانِ ولايةٌ على عامَّةِ المسلمينَ، فكان أمْرُه كأَمْرِ المسلمينَ، ومَن حَفَرَ بِئرًا في دارِ إنسانٍ بإذْنِ صاحبِها، لا يَضْمَنُ إذا وقعَ فيها إنسانٌ، كذا هنا».

وكذا الجوابُ فيما تَقَدَّمَ مِنَ المسائلِ: إنْ كانَ بإذْنِ الإمامِ؛ فلا ضمانَ عليه في شيءٍ منْ ذلكَ، وإنْ كانَ بغيرِ إذْنِ الإمامِ ضَمِنَ، وإنَّما يَحِلُّ للسُّلطانِ أمْرُه بذلكَ إذا كانَ لا يَضُرُّ بالعامَّةِ، بأنْ كانَ في الطريقِ سَعَةٌ، فأمَّا إذا ضاقَ الطَّريقُ؛ فلا يَحِلُّ له الأمرُ بذلكَ. كذا ذَكَرَ فَخْرُ الدِّينِ قاضي خان في «**شرحِه**».

والكَنِيفُ: المُسْتَرَاحُ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

قَالَ: (وَيَسَعُ لِلَّذِي عَمِلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالْمُسْلِمِينَ) لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الْمُرُورِ وَلَا ضَرَرَ فِيهِ فَيُلْحَقُ مَا فِي مَعْنَاهُ بِهِ، إِذِ الْمَانِعُ مُتَعَنِّتٌ، فَإِذَا أَضَرَّ بِالْمُسْلِمِينَ كُرِهَ لَهُ ذَلِكَ لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ».

غاية البيان

والجُرْصُنُ: جِذْعٌ يُخرِجُهُ الإنسانُ مِن الحائطِ إلى الطَّريقِ لِيَبْنِيَ عليه، وَفَسَّرَهُ الفقيهُ أبو اللَّيثِ رحمه الله بالبُرْجِ الذي يَكُونُ في الحائطِ.

وقالَ فخرُ الإسلامِ رحمه الله: «اختلفَ فيه، فقالَ بعضُهم: هوَ البُرْجُ، وقالَ بعضُهم: هوَ مَجْرَىٰ مَاءٍ مُرَكَّبٌ في الحائطِ نَاتِئٌ، فكيفما كانَ فهوَ يشْغَلُ حقَّ المسلمينَ، وهوَ فارسيٌّ مُعَرَّبٌ؛ إذْ ليسَ في العربيَّةِ كلامٌ [٨/١٦٧هـ/م] على هذا التَّركيبِ. أعْني: الجيمَ والراءَ والصادَ، بلْ مُهْمَلٌ في كلامِهم».

وفي «الجَمْهَرَةِ»: «ضَرَبْتُ عُرْضَ الحائطِ، وعُرْضَ الجَبَلِ، وكذلكَ عُرْضَ النَّهْرِ، أي: نَاحِيَتَهُ»[1].

وأُرِيدَ به هنا: أضعفُ النَّاسِ وأَرْذَلُهُم، وفي بعضِ النُّسَخِ: «أوْ أَجْبَرَهُمْ»، والفقيهُ أبو جعفرٍ ذَكَرَ في «الكَشْفِ» كذلكَ، ويَجُوزُ أنْ يَكُونَ الأمرُ والجَبْرُ واحداً؛ لأنَّ العامَّةَ لَا يَجُوزُ لَهُمُ الخُروجُ عنْ أمرِ الإمامِ، فَصَارَ أَمْرُهُ جَبْرًا.

قولُه: (فَيُلْحَقُ مَا فِي مَعْنَاهُ بِهِ)، أي: يُلْحَقُ ما في معنىٰ المُرورِ في عدمِ المَضَرَّةِ بالمُرورِ. يَعْنِي: يَجُوزُ لَهُ الانتفاعُ بالجُرْصُنِ ونحوِه، ما لَمْ يَضُرَّ بِغَيْرِهِ كالمُرورِ.

قولُه: (إِذِ الْمَانِعُ مُتَعَنِّتٌ)، أي: المانعُ منَ الانتفاعِ بما لا ضَرَرَ فيه لأحدٍ مُتَعَنِّتٌ، والمُتَعَنِّتُ هوَ الَّذي يُخَاصِمُ فيما لَا ضَرَرَ فيه لِنَفْسِه أو لِغَيْرِه.

قولُه: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ).

---

(١) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٢/٧٤٧].

قال: وليس لأحدٍ منْ أهْلِ الدّرْبِ الّذي ليْس بنافذٍ أنْ يُشْرِعَ كنيفًا، ولا مِيزابًا إلّا بإذْنهمْ؛ لِأنّها مَمْلُوكَةٌ لَهُمْ وَلِهَذَا وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ لَهُمْ عَلَىٰ كُلِّ حَالٍ، فَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ أضَرَّ بِهِمْ أوْ لَمْ يَضُرَّ إلَّا بِإِذْنِهِمْ.

غاية البيان

والضَّرَرُ بِمعنىٰ الضُّرِّ، وهوَ ضِدُّ النَّفْعِ، وهوَ يَكُونُ مِنْ واحدٍ، والضِّرارُ بمعنىٰ المُضَارَّةِ، وهوَ يَكُونُ منِ اثنينِ، أي: لَا ضَرَرَ في الإسلامِ ابتداءً، ولَا جزاءً، والضَّرَرُ في الجزاءِ أن يتعدَّىٰ المُجازِي مَنْ ضَرَّهُ قَدْرَ حَقِّهِ في القِصاصِ وغيرِه.

قولُه: (قَالَ: وَلَيْسَ لِأَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الدَّرْبِ الَّذِي لَيْسَ بِنَافِذٍ أَنْ يُشْرِعَ كَنِيفًا، وَلَا مِيزَابًا إلَّا بِإِذْنِهِمْ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ»[1].

والدَّرْبُ: البابُ الواسعُ، والمرادُ هنا: السِّكَّةُ الواسعةُ.

قالَ فَخْرُ الإسلامِ رحمه الله: «والمُرادُ بغيرِ النَّافذةِ: المَملوكةِ، وليسَ ذلكَ بِعِلَّةِ المِلْكِ، وقدْ تَنْفُذُ، وهيَ مَملوكةٌ، وقدْ يُسَدُّ مَنْفَذُها، وهيَ للعامَّةِ، لكنْ ذلكَ دليلٌ علىٰ المِلْكِ غالبًا، فأُقِيمَ مقامَه، ووجَبَ العملُ به حتَّىٰ يَقُومَ الدَّليلُ علىٰ خلافِه». هكذا قالَ في «شرحِه».

وذلكَ لأنَّ السِّكَّةَ لَمَّا كانَتْ مملوكةً لأهلِها؛ كانَتْ مشتركةً بينهم، فصارَتْ بمنزلةِ دارٍ مُشتركةٍ بينَ قومٍ، فليسَ لواحدٍ منهم أنْ يُحْدِثَ فيها شيئًا بِغَيْرِ رِضا شُركائِه، سواءٌ أَضَرَّ بِهِم، أَوْ لَمْ يَضُرَّ، فكذلكَ هاهنا ليسَ له أن يَفْعَلَ ذلكَ، سواءٌ أَضَرَّ بِهِم أَوْ لَمْ يَضُرَّ، إلَّا أنْ يَأْذَنُوا له، وهمُ كلُّهم بَالِغونَ. كذا [٣/٢٣٤ظ] قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ رحمه الله في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ».

وهذا بخلافِ الطَّريقِ الأعظمِ، فإنَّ ثَمَّةَ يُبَاحُ له التَّصرُّفُ إلَّا إذا أَضَرَّ، وهاهنا لا يُبَاحُ إلَّا إذا وُجِدَ الإذنُ؛ لأنَّ الطَّريقَ الأعظمَ ليسَ بمَمْلوكٍ، بلْ هوَ حقُّ الكلِّ،

[1] ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٤].

وَفِي الطَّرِيقِ النَّافِذِ لَهُ التَّصَرُّفُ إِلَّا إِذَا أَضَرَّ لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الْوُصُولُ إِلَىٰ إِذْنِ الْكُلِّ، فَجُعِلَ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ كَأَنَّهُ هُوَ الْمَالِكُ وَحْدَهُ حُكْمًا كَيْ لَا يَتَعَطَّلَ عَلَيْهِ طَرِيقُ الِانْتِفَاعِ، وَلَا كَذَلِكَ غَيْرُ النَّافِذِ لِأَنَّ الْوُصُولَ إِلَىٰ إِرْضَائِهِمْ [٢٥٨/ط] مُمْكِنٌ فَبَقِيَ عَلَىٰ الشَّرِكَةِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا.

قَالَ: وَإِذَا أَشْرَعَ فِي الطَّرِيقِ رَوْشَنًا، أَوْ مِيزَابًا، أَوْ نَحْوَهُ، فَسَقَطَ عَلَىٰ إِنْسَانٍ فَعَطِبَ؛ فَالدِّيَةُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِتَلَفِهِ مُتَعَدٍّ بِشَغْلِهِ هَوَاءَ الطَّرِيقِ،

غاية البيان

وجُعِلَ في حقِّ كُلِّ واحدٍ كأنَّه حَقُّهُ؛ لِيَتَمَكَّنَ مِن المُرورِ فيه.

أمَّا هاهنا: لَا حاجةَ إلىٰ أنْ تُجْعَلَ السِّكَّةُ كأنَّها مِلْكُ كُلِّ واحدٍ في حقِّ المُرورِ والاِنْتفاعِ به؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ يَتَمَكَّنُ من الانتفاعِ به بإذْنِ الشُّركاءِ، وإذا لَمْ يُعْتَبَرْ كذلكَ؛ يَكُونُ مُتَصَرِّفًا في مِلْكٍ مُشْتَرَكٍ، فَيَتَوَقَّفُ علىٰ الإذنِ.

يُقَالُ: أَشْرَعَ بَابًا إلىٰ الطَّرِيقِ [١٦٨/٨و/م]، أي: فتَحَه، وَأَشْرَعَ رُمْحَهُ. أي: رَفَعَهُ.

قالَ في «العيونِ»: «ولَوْ أنَّ سِكَّةً فيها دُورٌ، فَرَمَىٰ أصحابُ الدُّورِ ثَلْجَهُمْ في هذه السِّكَّةِ، فَزَلِقَ به إنسانٌ أو دابَّةٌ، قالَ مُحمَّدٌ ﵀: إنْ كانَتِ السِّكَّةُ لا مَنْفَذَ لها؛ فلا ضَمانَ عليهم، وإنْ كانَ لها مَنْفَذٌ، وأنَّه طريقٌ نافذٌ؛ يَضْمنُ الَّذي رَمىٰ الثَّلجَ فيها»[١].

قالَ الفقيهُ ﵀: «وهذا جوابُ القِياسِ، ونحن نَسْتَحْسِنُ ونَقُولُ: لَا يَجِبُ عليهم الضَّمانُ، سواءٌ كانَتِ السِّكَّةُ نافِذةً، أوْ غيرَ نافِذةٍ؛ لأنَّ فيه بَلْوىٰ عَامًّا»[٢].

قولُه: (**قَالَ: وَإِذَا أَشْرَعَ فِي الطَّرِيقِ رَوْشَنًا، أَوْ مِيزَابًا، أَوْ نَحْوَهُ، فَسَقَطَ عَلَىٰ إِنْسَانٍ فَعَطِبَ؛ فَالدِّيَةُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ**)[٣]، أي: قال القُدُورِيُّ ﵀ ....

(١) ينظر: «عيون المسائل» لأبي الليث [ص/٢٨٢].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص ٢٥٢]، «المبسوط» [٢٧/٦، ٧]، «فتاوىٰ قاضي خان»=

وَهَذَا مِنْ أَسْبَابِ الضَّمَانِ وَهُوَ الأَصْلُ، ....

في «مختصره»[(١)].

قالَ الحاكمُ الشَّهيدُ رحمه الله في «مختصره»: «إذا وَضَعَ الرَّجُلُ في الطَّريقِ حَجرًا، أوْ بَنَىٰ فيه بِناءً، أوْ أَخْرَجَ جِذْعًا، أوْ صَخْرَةً شاخِصَةً في الطَّريقِ، أو أَخْرَجَ كَنِيفًا، أوْ جَناحًا، أو مِيزابًا، أو ظُلَّةً، أوْ وَضَعَ في الطَّريقِ جِذْعًا؛ فهوَ ضَامِنٌ لِما أصابَ مِنْ ذلكَ كُلِّهِ؛ وذلكَ لأنَّه مُتَعَدٍّ في ذلكَ كُلِّه بِشَغْلِ هَوَاءِ المسلمينَ، أوْ طريقِ المسلمينَ، وهوَ شَرْطُ التَّلَفِ؛ لأنَّه لولَا وَضْعُهُ هذا؛ لَمَا عَثَرَ به إنسانٌ، ولولا إخراجُه الظُّلَّةَ، أو الكَنِيفَ، أو المِيزابَ؛ لَمَا سَقَطَ، وقد عُرِفَ أنَّ شَرْطَ العِلَّةِ يُلْحَقُ بالعِلَّةِ في موضعِ التَّعَدِّي صِيانَةً لأموالِ النَّاسِ.

ولَا يُقالُ: في إخراجِ المِيزابِ إلىٰ الطَّريقِ ضرورةٌ، للحاجةِ إلىٰ تَسْيِيلِ ماءِ المَطَرِ؛ لأنَّ هذه الضَّرورةَ تَنْدَفِعُ مِنْ غيرِ شَغْلِ هَواءِ المسلمينَ، بأنْ يُرَكِّبَهَا في الحائطِ، ثُمَّ التَّالفُ إذا كانَ آدَمِيًّا: فالدِّيَةُ علىٰ العاقِلَةِ، وإنْ كانَ غيرَ آدَمِيٍّ: فالضَّمانُ في مالِه؛ لأنَّ العاقِلَةَ لا تَتَحَمَّلُ غيرَ الآدميِّ كالدُّيونِ»[(٢)].

قالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «فما كانَ من جِنايةٍ بذلكَ في بني آدمَ؛ فهوَ مضمونٌ علىٰ العاقِلَةِ إذا بَلَغَ القَدْرَ الَّذي عَرَّفْتُكَ: أنَّ العاقِلَةَ تَحْمِلُهُ، وما لَمْ يَبْلُغْ ذلكَ فهوَ في مالِه، وما كانَ من جِنايةٍ علىٰ غيرِ بني آدمَ فهوَ في مالِه دونَ عاقِلَتِه»[(٣)].

والرَّوْشَنُ: المَمَرُّ علىٰ العُلْوِ مثلُ الرَّفِّ. كذا قالَ المُطَرِّزِيُّ[(٤)].

= [٣/٤٥٧، ٤٥٨]، «تبيين الحقائق» [٦/١٤٣]، «البناية» [١٢/٢٨٦، ٢٨٧].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٩].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٢٢].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٢١/ داماد].

(٤) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [١/٣٣١].

وَكَذَلِكَ إِذَا سَقَطَ شَيْءٌ مِمَّا ذُكِرَ فِي أَوَّلِ الْبَابِ وَكَذَا إِذَا تَعَثَّرَ بِنُقْضِهِ إِنْسَانٌ، أَوْ عَطِبَتْ بِهِ دَابَّةٌ، وَإِنْ عَثَرَ بِذَلِكَ رَجُلٌ فَوَقَعَ عَلَى آخَرَ فَمَاتَا؛ فَالضَّمَانُ عَلَى مَنْ أَحْدَثَهُ فِيهِمَا؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالدَّافِعِ إِيَّاهُ عَلَيْهِ.

غاية البيان

وقيلَ: الرَّوْشَنُ: هوَ الخَشَبَةُ المَوضوعةُ على جِدَارَيِ السَّطْحَيْنِ؛ لِيُمْكِنَ المُرورُ.

قولُه: (وَكَذَلِكَ إِذَا سَقَطَ شَيْءٌ مِمَّا ذُكِرَ فِي أَوَّلِ الْبَابِ)، أي: تَجِبُ الدِّيَةُ على العاقِلَةِ أيضًا إذا وَقَعَ الكَنِيفُ، أوِ المِيزَابُ، أوِ الجُرْصُنُ، أوِ الدُّكَّانُ المَبْنِيُّ على الطَّرِيقِ على إنسانٍ فماتَ.

قولُه: (وَكَذَا إِذَا تَعَثَّرَ بِنُقْضِهِ إِنْسَانٌ، أَوْ [٣/٤٢٤و] عَطِبَتْ[1] بِهِ دَابَّةٌ).

يَعْنِي: إذا عَثَرَ به إنسانٌ فَعَطِبَ؛ تَجِبُ الدِّيَةُ على العاقِلَةِ، وإذا عَطِبَتْ به الدَّابَّةُ؛ يَجِبُ ضمانُها في مالِه.

والنُّقْضُ - بضمِّ النُّونِ وسكونِ القافِ -: اسمُ البِناءِ المَنْقوضُ. كذا في «دِيوانِ الأدبِ»[2]، ورُوِيَ عنْ بعضِهم بكَسْرِ النُّونِ.

قولُه: (وَإِنْ عَثَرَ بِذَلِكَ رَجُلٌ [٨/١٦٨ظ/م] فَوَقَعَ عَلَى آخَرَ فَمَاتَا؛ فَالضَّمَانُ عَلَى مَنْ أَحْدَثَهُ فِيهِمَا)، أي: في الرَّجُلَيْنِ، ذكَرَه تَفْرِيعًا على مسألةِ «المختصرِ»، يَعْنِي: يَجِبُ ضمانُ الرَّجُلَيْنِ على المُحْدِثِ في الطَّرِيقِ.

قالَ في «شرحِ الكافي»: «أمَّا في حقِّ الَّذي عَثَرَ: فلا يُشْكِلُ، وكذلكَ في حقِّ الَّذي سَقَطَ عليه؛ لأنَّه يَصِيرُ كالدَّافعِ إيَّاه عليه - يَعْنِي يَصِيرُ المُحْدِثُ في الطَّرِيقِ كالدَّافعِ للعَاثِرِ على الَّذي سَقَطَ العَاثِرُ عليه - وإذا نَحَّى رجلٌ شيئًا مِنْ ذلكَ عَنْ

---

(١) وقع في الأصل: «عطب». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) لم نجده في مظانِّه من «ديوان الأدب» للفارابي، وهو بحروفه في: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٣٢٢/٢]. فلعله اشتبه على المؤلف.

وَإِنْ سَقطَ الْمِيزَابُ يُنْظر فإن أَصَابَ مَا كَانَ مِنْهُ فِي الْحَائِطِ رَجُلًا فَقَتَلَهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِيهِ لِمَا أَنَّهُ وَضَعَهُ فِي مِلْكِهِ (وَإِنْ أَصَابَهُ مَا كَانَ خَارِجًا مِنْ الْحَائِطِ فَالضَّمَانُ عَلَىٰ الَّذِي وَضَعَهُ فِيهِ) لِكَوْنِهِ مُتَعَدِّيًا فِيهِ، وَلَا

غاية البيان

موضعِه فَعَطِبَ به آخرُ؛ فالضَّمانُ علىٰ الَّذي نَحَّاهُ، وقدْ خرَجَ الأوَّلُ منَ الضَّمانِ؛ لأنَّ هذا شَغْلٌ جديدٌ حَصَلَ بِفِعْلِ الَّذي نَحَّاهُ، وهذا مُتَعَدٍّ في ذلكَ، وهذا يقْطَع أثَرَ فِعْلِ الأوَّل، فيَكونُ الضَّمانُ علىٰ الثَّاني».

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الْأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «فإنْ قالُوا: هذا مُحْتَسِبٌ فيما يَفْعَلُ، حيثُ أَمَاطَ الأَذَىٰ عنِ الطَّريقِ.

قُلْنَا: بَلَىٰ، ولكنَّه أخطأَ الحِسْبَةَ، حيثُ شَغَلَ موضِعًا آخرَ منَ الطَّريقِ، والحِسْبَةُ التَّامَّةُ أن يَطْرَحَهُ بموضعٍ لا يَكُونُ مَمَرًّا، أو يَطْرَحَهُ في حُفَيْرةٍ في الطَّريقِ علىٰ وجهٍ تمْتَلِىءُ الحُفَيْرَةُ، فيَصِيرُ مُحْتَسِبًا منْ وَجْهَيْنِ».

قولُه: (وَإِنْ سَقطَ الْمِيزَابُ يُنْظَر... إِلَىٰ آخِرِهِ)، المسائلُ المذكورةُ مِن هنا إلىٰ قولِه: (وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ)، ذُكِرتْ تَفْريعًا، وهيَ مِنْ مسائلِ «الأصلِ»[1].

قالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «إذا أخرجَ الرَّجلُ من دَارِهِ مِيزَابًا إلىٰ الطَّريقِ، فَسَقَطَ علىٰ رَجُلٍ فقَتلَهُ؛ فإنْ أصابَه الطَّرَفُ الدَّاخلُ لَمْ يَضْمَنْ شيئًا؛ لأنَّ ما كانَ في مِلْكِهِ ليسَ بِجِنَايَةٍ، وإنْ أصابَه الطَّرَفُ الخارجُ ضَمِنَ، وإن أصاب الطَّرَفان جميعًا يَضْمنُ النِّصْفَ، وإن كان لا يُدْرَىٰ فالقياس: ألَّا يَضْمنَ؛ لأنَّه دائرٌ بينَ الوجوبِ والسُّقوطِ؛ لأنَّه لوْ أصابَ الطَّرَفَ الدَّاخلَ لا يَضْمنُ، وإنْ أصابَ الطَّرَفَ الخارجَ يَضْمَنُ، فوقَعَ الشَّكُّ، فلا يَضْمَنُ بالشَّكِّ، وفي الاستحسانِ: يَضْمَنُ النِّصفَ؛ لأنَّ

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٧/٢٥/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

ضَرُورَةَ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُرَكِّبَهُ فِي الْحَائِطِ وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ، وَلَا يُحْرَمُ مِنَ الْمِيرَاثِ؛ لأنه ليس بقاتل حقيقة.

وَلَوْ أَصَابَ الطَّرَفَانِ جَمِيعًا وَعَلِمَ ذَلِكَ وَجَبَ نِصْفُ الدِّيَةِ وَهُدِرَ النِّصْفُ كَمَا إِذَا جَرَحَهُ سَبُعٌ وَإِنْسَانٌ، وَلَوْ لَمْ يُعْلَمْ أَيُّ طَرَفٍ أَصَابَهُ يَضْمَنُ النِّصْفَ اعْتِبَارًا لِلْأَحْوَالِ.

غاية البيان

إخراجَ المِيزَابِ جِنَايَةٌ، وما كانَ في الحائطِ ليسَ بجِنَايَةٍ، فيُجْعلُ كأنَّه أصابَ الطَّرفان جميعًا»[1].

قولُه: (وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ، وَلَا يُحْرَمُ مِنَ الْمِيرَاثِ)، أي: لَا كفَّارةَ على مُحْدِثِ المِيزَابِ ونحوِهِ في الطَّريقِ إذا ماتَ به إنسانٌ، ولَا يُحْرَمُ أيضًا عنِ الميراثِ إذا ماتَ به قَرِيبُهُ، وذلكَ لأنَّه ليسَ بقاتِلٍ حَقِيقَةً؛ لأنَّ القاتلَ هوَ الَّذي أوقعَ الفِعْلَ في المقتولِ، بلْ هوَ قاتلٌ تَسْبِيبًا، والكفَّارةُ وحِرمانُ الميراثِ يَثْبُتَانِ بالقَتْلِ حقيقةً، ولمْ يُوجَدْ، فلا يَثْبُتَانِ.

قولُه: (وَلَوْ أَصَابَ الطَّرَفَانِ جَمِيعًا)، أي: أصابَ طَرَفَا المِيزَابِ الدَّاخِلِ في الحائطِ والخارجِ عنه.

قولُه: (اعْتِبَارًا لِلْأَحْوَالِ)، يعْنِي: يَضْمَنُ في [٨/١٦٩و/م] حالٍ بالنَّظَرِ إلى الخارجِ عنِ الحائطِ، ولا يَضْمَنُ في حالٍ بالنَّظَرِ إلى [٣/٤٢٤ظ] الدَّاخلِ، فَيَضْمَنُ نِصفَ الضَّمانِ.

قولُه: (كَمَا إِذَا جَرَحَهُ سَبُعٌ وَإِنْسَانٌ).

قالَ الشَّيخُ أبو الحسنِ الْكَرْخِيُّ في «مختصرِه»: «وإذا جَرَحَ رجلٌ رَجُلًا جِراحةً، أو جِراحَتَيْنِ، وَجَرَحَهُ سَبُعٌ، فماتَ مِن ذلكَ؛ فإنَّ على الرَّجُلِ نِصفُ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق/٣٨٠].

وَلَوْ أَشْرَعَ جَنَاحًا إِلَى الطَّرِيقِ، ثُمَّ بَاعَ الدَّارَ، فَأَصَابَ الْجَنَاحُ رَجُلًا

غاية البيان

الدِّيَةِ، ونصفُها هَدَرٌ، وكذلكَ لو جَرَحَهُ السَّبُعُ جِرَاحَتَيْنِ، والرَّجُلُ جِرَاحَةً واحدةً. وذلكَ لأنَّ جِرَاحَةَ السَّبُعِ هَدَرٌ، وجِرَاحَةُ الآدميِّ مضمونةٌ، فانقسمَ[1] الضَّمانُ عليهما، فوَجَبَ على الجارحِ النِّصْفُ، وسَقَطَ ما أصابَ جِرَاحَةَ السَّبُعِ؛ لأنَّه هَدَرٌ»[2].

ومِنْ هذا الجنسِ ما قالَ في دِياتِ «الأجناسِ» ناقلًا عنْ «نوادرِ هشام» قالَ: «قُلْتُ لِمُحَمَّدٍ: رَجُلٌ في يدِه ثوبٌ له. فَتَشَبَّثَ بالثَّوْبِ رَجُلٌ، فَجَذَبَ صاحبُ الثَّوْبِ ثَوْبَهُ مِنَ المُتَشَبِّثِ، فتخَرَّقَ الثَّوْبُ؟ قال مُحَمَّدٌ رحمه الله: يَضْمَنُ المُمْسِكُ نِصْفَ الثَّوْبِ، ولوْ جَذَبَ الَّذي ليسَ له الثَّوْبُ فَتَخَرَّقَ؛ فهوَ ضامِنٌ جميعَ الخَرْقِ[3].

وفي «نوادرِ ابنِ رُسْتُمَ»: «رَجُلٌ جلسَ على إزارِ رَجُلٍ، فَنَهضَ الرَّجُلُ وهوَ لَا يَعْلَمُ، فَتَخَرَّقَ إزارُهُ؛ فإنَّ الجالسَ ضامِنٌ».

وقالَ مُحَمَّدٌ في «نوادرِ هشامٍ» رحمه الله: «يَضْمَنُ نِصْفَ ما تَخرَّقَ؛ لأنَّه لَمْ يَكُنْ له أنْ يَجْلِسَ على ثَوْبِهِ، فصارَ كَمَنْ جلسَ في مِلْكِ غيرِه. فَسَقَطَ إنسانٌ عليه وماتَ الأعلى؛ ضَمِنَ الأسفلُ».

وفي «نوادرِ ابنِ رُسْتُمَ»: «قالَ أبو حَنِيفَةَ رحمه الله: صَبِيٌّ في يَدِ أَبِيهِ، فَجَذَبَهُ إنسانٌ مِنْ يَدِ أَبِيهِ، والأبُ يُمْسِكُهُ حتَّى ماتَ؛ فَدِيَةُ الصَّبِيِّ على الَّذي جَذَبَهُ، ويَرِثُهُ أبُوه، ولَوْ جَذَبَاهُ حتَّى ماتَ؛ فالدِّيَةُ عليهما، ولَا يَرِثُهُ أبوه؛ لأنَّه ماتَ من فِعْلِ الأبِ»[4]. إلى هنا لفظُ «الأجناسِ».

قولُه: (وَلَوْ أَشْرَعَ جَنَاحًا إِلَى الطَّرِيقِ، ثُمَّ بَاعَ الدَّارَ، فَأَصَابَ الْجَنَاحُ رَجُلًا

(١) وقع في الأصل: «فانضم». والمثبت من: «ن»، و«قا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤١/ داماد].
(٣) وقع في الأصل: «الثوب». والمثبت من: «ن»، و«قا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٤) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/٤٢٩/٤٣٠].

فَقَتَلَهُ، أَوْ وَضَعَ خَشَبَةً فِي الطَّرِيقِ، ثُمَّ بَاعَ الْخَشَبَةَ وَبَرِئَ إِلَيْهِ مِنْهَا، فَتَرَكَهَا الْمُشْتَرِي حَتَّىٰ عَطِبَ بِهَا إِنْسَانٌ؛ فَالضَّمَانُ عَلَى الْبَائِعِ؛ لِأَنَّ فِعْلَهُ وَهُوَ الْوَضْعُ لَمْ يَنْفَسِخْ بِزَوَالِ مِلْكِهِ وَهُوَ الْمُوجِبُ.

وَلَوْ وَضَعَ فِي الطَّرِيقِ جَمْرًا، فَأَحْرَقَ شَيْئًا يَضْمَنُهُ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ (وَلَوْ

غاية البيان

فَقَتَلَهُ، أَوْ وَضَعَ خَشَبَةً فِي الطَّرِيقِ، ثُمَّ بَاعَ الْخَشَبَةَ وَبَرِئَ [إِلَيْهِ][1] مِنْهَا، فَتَرَكَهَا الْمُشْتَرِي حَتَّىٰ عَطِبَ بِهَا إِنْسَانٌ؛ فَالضَّمَانُ عَلَى الْبَائِعِ).

قالَ الحاكمُ الشَّهيدُ رحمه الله في «الكافي»: «وإذا أَشْرَعَ الرَّجلُ جَنَاحًا إلى الطَّريقِ، ثُمَّ باعَ الدَّارَ، وأصابَ الجَنَاحُ رَجُلًا فقتَلَه؛ فالضَّمانُ على البائعِ، وكذلكَ المِيزَابُ، وبمثلِه لو كانَ له حائطٌ مائلٌ إلى الطَّريقِ، فَأَشْهَدَ عليه، ثُمَّ باعَه، فَسَقَطَ على إنسانٍ فماتَ؛ فإنَّه لَا يَجِبُ شيءٌ على البائعِ، وإنَّما كانَ كذلكَ؛ لأنَّ في إشراعِ الجَنَاحِ لَا تَنْعَدِمُ الجِنايةُ بالبيعِ وهوَ الإشراعُ، فإنَّ أَثَرَهُ قائمٌ حقيقةً، وهوَ شَغْلُ هَواءِ المُسلمينَ.

وفي الحائطِ جِنايَتُهُ في تَرْكِ الإصلاحِ، لَا في شَغْلِ الهواءِ؛ لأنَّه لَا صُنْعَ له في ذلكَ، وتَرْكُ الإصلاحِ إنَّما يَكُونُ جِنايةً في حالٍ يُقْدَرُ على [٨/١٦٩ظ/م] الإصلاحِ لَا في حالٍ لَا يُقْدَرُ، ومتىٰ زالَ عنْ مِلْكِهِ زالَ ما به يُوصفُ فِعْلُهُ بالجِنايةِ، فلَا يَبْقَىٰ حُكْمُ الجِنايةِ»[2]. والتَّفصيلُ في مسألةِ المِيزَابِ مرَّ قبْلَ هذا. واللهُ أعلمُ.

قولُه: (وَلَوْ وَضَعَ فِي الطَّرِيقِ جَمْرًا، فَأَحْرَقَ شَيْئًا يَضْمَنُهُ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مُحَصِّلُ شَرْطَ الْإِحْرَاقِ، وَهُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ).

قالَ الحاكمُ [الشَّهيدُ][3]: «وإنْ حَرَّكَتْهُ الرِّيحُ، فَذَهَبَ إلى موضعٍ آخرَ، ثُمَّ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٢٣].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«م».

حَرَّكَتْهُ الرِّيحُ إِلَىٰ مَوْضِعٍ آخَرَ ثُمَّ أَحْرَقَ شَيْئًا لَا يَضْمَنُهُ) لِنَسْخِ الرِّيحِ فِعْلَهُ، وَقِيلَ إِذَا كَانَ الْيَوْمُ رِيحًا يَضْمَنُهُ لِأَنَّهُ فَعَلَهُ مَعَ عِلْمِهِ بِعَاقِبَتِهِ وَقَدْ أَفْضَىٰ إِلَيْهَا فَجُعِلَ كَمُبَاشَرَتِهِ.

وَلَوِ اسْتَأْجَرَ رَبُّ الدَّارِ الفَعَلَةَ لِإِخْرَاجِ الْجَنَاحِ، أَوِ الظُّلَّةِ، فَوَقَعَ فَقَتَلَ إِنْسَانًا قَبْلَ أَنْ يَفْرُغُوا مِنَ الْعَمَلِ؛ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ بِفِعْلِهِمْ (وَمَا لَمْ يَفْرُغُوا لَمْ يَكُنِ الْعَمَلُ مُسَلَّمًا إِلَىٰ رَبِّ الدَّارِ) وَهَذَا لِأَنَّهُ انْقَلَبَ فِعْلُهُمْ قَتْلًا حَتَّىٰ

غاية البيان

أَحْرَقَ شيئًا، فلَا ضمانَ عليه»[1].

وكذلكَ كلُّ شيءٍ وَضَعَهُ في الطَّريقِ فَتَغَيَّرَ مِنْ ذلكَ الموضعِ؛ فقدْ بَرِئَ مِنَ الضَّمانِ؛ لأنَّه لَا يَبْقَىٰ أَثَرُ الفِعلِ الأَوَّلِ، وهوَ كونُهُ موضوعًا في [٣/٤٢٥و] ذلكَ المكانِ، لاعتراضِ فِعْلٍ آخرَ عليه، فانْقَطَعتِ النِّسْبَةُ». كذا في «شرحِ الكافي».

وقِيلَ: إذا كانَ اليَومُ رِيحًا يَضْمَنُهُ. يَعْنِي: إذا كانَتِ الرِّيحُ مُتَحَرِّكَةً حينَ وَضَعَ الجَمْرَ على الطريقِ، ثُمَّ حَرَّكَتِ الرِّيحُ الجَمْرَ عنْ مكانِه، فَأَحْرَقَ شيئًا يَضْمَنُهُ، وهوَ اختيارُ الإمامِ السَّرْخَسِيِّ ﷺ[2].

وكانَ شمسُ الأئمَّة الحَلْوَانِيّ لَا يَقُولُ بالضَّمانِ إذا حرَّكَتْهُ الرِّيحُ عنْ مَكانِه مِنْ غيرِ تَفصيلٍ، وباقي البيانِ المتعلِّقِ بهذا المكانِ مَرَّ في آخرِ كتابِ الإجاراتِ.

قولُه: (وَلَوِ اسْتَأْجَرَ رَبُّ الدَّارِ الفَعَلَةَ لِإِخْرَاجِ الْجَنَاحِ، أَوِ الظُّلَّةِ، فَوَقَعَ فَقَتَلَ إِنْسَانًا قَبْلَ أَنْ يَفْرُغُوا مِنَ الْعَمَلِ؛ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمْ)، أي: الضَّمانُ على الفَعَلَةِ، لَا علىٰ رَبِّ الدَّارِ، وهوَ المُستأجِرُ. يَعْنِي: لوْ سَقَطَ مِنْ عَمَلِهِم وهُمْ يعملونَهُ؛ كانَ الضَّمانُ عليهم؛ لأنَّ فِعْلَهم صارَ قَتْلًا حقيقةً لِظُهُورِ أَثَرِ فِعْلِهِمْ، وهوَ التَّلَفُ بالسُّقوطِ

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٢٣].

(٢) ينظر: «المبسوط» للسَّرْخَسِيّ [٢٧/٨].

وَجَبَتْ عَلَيْهِمُ الْكَفَّارَةُ، وَالْقَتْلُ غَيْرُ دَاخِلٍ [٢٠٩/و] فِي عَقْدِهِ فَلَمْ ينتقل فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ فَاقْتَصَرَ عَلَيْهِمْ وَإِنْ سَقَطَ بَعْدَ فَرَاغِهِمْ فَالضَّمَانُ عَلَىٰ رَبِّ الدَّارِ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّهُ صَحَّ الِاسْتِئْجَارُ حَتَّىٰ اسْتَحَقُّوا الْأَجْرَ وَوَقَعَ فِعْلُهُمْ عِمَارَةً وَإِصْلَاحًا فَانْتَقَلَ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ فَكَأَنَّهُ فَعَلَ بِنَفْسِهِ فَلِهَذَا يَضْمَنُهُ وَكَذَا إِذَا صَبَّ الْمَاءَ فِي الطَّرِيقِ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ، أَوْ دَابَّةٌ، وَكَذَا إِذَا رَشَّ الْمَاءَ أَوْ تَوَضَّأَ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ بِإِلْحَاقِ الضَّرَرِ

غاية البيان

عليه، ولهذا وجَبَ عليهم الكفَّارةُ، وإنَّما استأجَرَهم علىٰ فِعْلِ العِمارةِ لَا علىٰ القتلِ، فلَا يُنْقلُ فِعْلُهُمْ إلىٰ رَبِّ الدَّارِ مِن حيثُ إنَّه قَتْلٌ، بلْ يَقتَصِرُ عليهم.

وإنْ سَقَطَ بعدَ فَراغِهم منَ العملِ؛ فلَا ضمانَ علىٰ الفَعَلَةِ، وإنَّما الضَّمانُ علىٰ رَبِّ الدَّارِ استحسانًا؛ لأنَّ اسْتِئْجارَهم صحيحٌ علىٰ هذا من حيثُ إنَّه إصلاحُ مِلْكِهِ، فَنُقِلَ فِعْلُهم إليه، فصارَ كأنَّه هو الَّذي أخرجَه بِنَفْسِهِ، فيَكُونُ الضَّمانُ عليه استحسانًا لِلْأَثَرِ الَّذي جاءَ في مثلِه عنْ شُرَيْحٍ ﵀: أنَّه قَضَىٰ بالضَّمانِ علىٰ رَبِّ الدَّارِ[1].

وهذا لأنَّ له أنْ يُحْدِثَ في فِنائِه ما لَا يَتَضَرَّرُ به غيرُه مُقَيَّدًا بشرطِ السَّلامةِ، لكونِ الفِناءِ غيرَ مَملوكٍ له، ولهذا اعْتُبِرَ أمْرُه، فلمَّا هَلَكَ إنسانٌ بذلكَ صارَ رَبُّ الدَّارِ كالقاتلِ بنفسِه؛ لأنَّ فِعْلَهُمْ صارَ مُسلَّمًا إليه.

الفَعَلَةُ: جَمْعُ الفَاعِلِ، كالمَنَعَةِ في جَمْعِ المانعِ.

قولُه: (**وَكَذَا إِذَا صَبَّ الْمَاءَ فِي الطَّرِيقِ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ، أَوْ دَابَّةٌ، وَكَذَا إِذَا رَشَّ الْمَاءَ أَوْ تَوَضَّأَ**)، يَعْنِي: يَضْمَنُ الفاعلُ لذلكَ لوجودِ التَّعدِّي منه، ولا ضمانَ في سِكَّةٍ غيرِ نافذةٍ علىٰ الراشِّ إذا كانَ مِنْ أَهْلِها.

قالَ في «الفتاوىٰ [٨/١٧٠و/م] **الصغرىٰ»**: «إذا أَحْدَثَ في سِكَّةٍ غيرِ نافذةٍ شيئًا،

---

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٢٦/٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

بِالْمَارَّةِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ فِي سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ وَهُوَ مِنْ أَهْلِهَا أَوْ قعد أَوْ وَضَعَ مَتَاعَهُ) لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِيهَا لِكَوْنِهِ مِنْ ضَرُورَاتِ السُّكْنَى كَمَا فِي الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ. قَالُوا: هَذَا إِذَا رَشَّ مَاءً كَثِيرًا بِحَيْثُ يُزْلَقُ بِهِ عادةً. أَمَّا إِذَا رَشَّ مَاءً قَلِيلًا كَمَا هُوَ الْمُعْتَادُ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يُزْلَقُ بِهِ.

غاية البيان

يُنْظَرُ: إنْ كانَ حَدَثًا ليسَ بِسُكْنى فَتَلِفَ به إنسانٌ؛ لَا يَضْمَنُ حِصَّةَ نفسِه، ويَضمنُ حِصَّةَ الشُّركاءِ، وإنْ كانَ حَدَثًا مِنْ جُملةِ السُّكنى كَوَضْعِ المتاعِ، ورَبْطِ الدابَّةِ لا يَضْمَنُ؛ لأنَّ مَنْ أَحْدَثَ في مِلْكٍ مُشْتَرَكٍ شيئًا مِنْ جُملةِ السُّكنى لا يَضْمَنْ؛ لأنَّ له ذلكَ. كذا ذَكَرَه شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ»[1].

ونَقَلَ أيضًا عنْ دِياتِ[2] شيخِ الإسلامِ: «دارٌ بينَ شَريكَيْنِ، سكَنَ أحدُهما، أوْ وَضَعَ متاعًا، أوْ رَبَطَ دابَّةً، أوْ فَعَلَ ما يُعَدُّ مِن السُّكنى؛ يَجُوزُ».

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِيجَابيُّ في «شرحِ الكافي»: «ولوْ رَشَّ الطَّرِيقَ، فَعَطِبَ إنسانٌ بموضعِ رَشِّهِ؛ ضَمِنَهُ، وكذا الوضوءُ؛ لأنَّ الإنسانَ يَزْلَقُ عادةً بِمَوْضِعِ الرَّشِّ، فصارَ مُحَصِّلًا شَرْطَ التَّلَفِ».

قالَ: «وهذا إذا رَشَّ ماءً كثيرًا بِحالٍ يَزْلَقُ الإنسانُ [٣/٢٥٤ظ] به عادةً، أمَّا إذا رَشَّ ماءً قَليلًا، كما هو المُعتادُ، والظَّاهرُ أنَّ الإنسانَ لا يَزْلَقُ بمثلِه، ولوْ زَلِقَ وقعَ ذلك مِن خُرْقِهِ، يَنْبَغِي ألَّا يَضْمنَ».

قالَ: «وهذا إذا لَمْ يَتَعَمَّدِ الماشي المُرورَ في الموضعِ الَّذي صُبَّ الماءُ عليه، أمَّا إذا تعمَّدَ المُرورَ عليه، فَسَقَطَ؛ لا يَضْمَنُ؛ لأنَّه صاحبُ عِلَّةٍ؛ لأنَّ السُّقوطَ مِنْ فِعْلِهِ، وهوَ مُتَعَدٍّ كالَّذي رشَّ الماءَ، وإضافةُ الحُكْمِ إلى العِلَّةِ المَحْضَةِ أولَى، فلَا

(١) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/٢٦٣].

(٢) وقع في الأصل: «زيادات». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

فلو تَعَمَّدَ الْمُرُورَ فِي مَوْضِعِ صَبِّ الْمَاءِ فَسَقَطَ لَا يَضْمَنُ الرَّاشُّ) لِأَنَّهُ صَاحِبُ عِلَّةٍ. وَقِيلَ: هَذَا إذَا رَشَّ بَعْضَ الطَّرِيقِ لِأَنَّهُ يَجِدُ مَوْضِعًا لِلْمُرُورِ لَا أَثَرَ لِلْمَاءِ فِيهِ، فَإِذَا تَعَمَّدَ الْمُرُورَ عَلَى مَوْضِعِ صَبِّ الْمَاءِ مَعَ عِلْمِهِ بِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ عَلَى الرَّاشِّ شَيْءٌ، وَإِنْ رَشَّ جَمِيعَ الطَّرِيقِ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِي الْمُرُورِ؛ وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْخَشَبَةِ الْمَوْضُوعَةِ فِي الطَّرِيقِ فِي أَخْذِهَا جَمِيعَهُ أَوْ بَعْضَهُ.

وَلَوْ رَشَّ فِنَاءَ حَانُوتٍ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ؛ فَضَمَانُ مَا عَطِبَ عَلَى الْآمِرِ اسْتِحْسَانًا.

غاية البيان

يُؤْخَذُ به صاحبُ الشَّرطِ».

قولُه: (وَإِنْ رَشَّ جَمِيعَ الطَّرِيقِ يَضْمَنُ)، يَعْنِي: وإنْ تعمَّدَ المَارُّ المُرورَ لاضطرارِه في المُرورِ.

قالَ في بابِ السِّينِ[1] منَ «الواقعاتِ»: «وإذا رَأَى سائقُ الدَّابَّةِ أنَّ الماءَ قَدْ رُشَّ في الطَّريقِ، فساقَ كذلكَ فَعَطِبَ به؛ فلَا ضَمَانَ على الَّذي رَشَّ، وإنْ لَمْ يَرَهُ بأنْ كانَ [ذلكَ][2] في اللَّيلِ، فالرَّاشُّ ضَامِنٌ».

قولُه: (وَلَوْ رَشَّ فِنَاءَ حَانُوتٍ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ؛ فَضَمَانُ مَا عَطِبَ عَلَى الْآمِرِ اسْتِحْسَانًا).

قالَ في «الفتاوى الصغرى»: «ولوْ أمَرَ الأجيرَ، أو السَّقَّاءَ بِالرَّشِّ، فَرَشَّ فِنَاءَ دُكَّانِ الآمِرِ؛ ضَمِنَ الآمِرُ دون الرَّاشِّ، والحَارِسُ إذا رَشَّ الماءَ، هو يَضْمَنُ كيفَ ما كانَ»[3].

---

(١) يعْنِي بـ: «باب السين»: ما رمَزَ به الصدرُ الشهيد في كتابه «الفتاوى الكبرى» إلى كتاب: «فتاوى أهل سمرقند». هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوى الكبرى= الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ ب/مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [٢/١٢٢٨].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٣) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/٢٦٢].

وَإِذَا اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَبْنِيَ لَهُ فِي فِنَاءِ حَانُوتِهِ فَتَعَقَّلَ بِهِ إِنْسَانٌ بَعْدَ فَرَاغِهِ فَمَاتَ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْآمِرِ اسْتِحْسَانًا، وَلَوْ كَانَ أَمَرَهُ بِالْبِنَاءِ فِي وَسَطِ الطَّرِيقِ فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَجِيرِ لِفَسَادِ الْأَمْرِ.

قَالَ: وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، أَوْ وَضَعَ حَجَرًا، فَتَلِفَ بِذَلِكَ إِنْسَانٌ، فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ تَلِفَ بَهِيمَةٌ فَضَمَانُهَا فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ

غاية البيان

وقالَ في «خلاصةِ الفتاوى»: «لوْ أمَرَه بالوُضوءِ في الطريقِ، فتوضَّأَ في الطَّريقِ؛ فالضَّمانُ على المُتَوَضِّئِ»[1].

والفِنَاءُ: ما أُعِدَّ لِحَوَائِجِ الدَّارِ، كَرَبْطِ الدَّابَّةِ، وَكَسْرِ الحَطَبِ، وهوَ سَعَةٌ أمامَ الدَّارِ.

قولُه: (فَتَعَقَّلَ[2] بِهِ)، أي: نَشِبَ وَتَعَلَّقَ بِالْبِنَاءِ.

قولُه: (فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَجِيرِ لِفَسَادِ الْأَمْرِ)، وذلكَ لأنَّه لَا حقَّ للآمِرِ في وسَطِ الطَّرِيقِ، ففَسدَ أمْرُه، فلذلكَ لمْ يُنْقَلْ فِعْلُ الأجيرِ إليه، فكانَ الأَجِيرُ هوَ المُتَعَدِّي في البناءِ فيه، فوَجَبَ عليه ضَمَانُهُ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، أَوْ وَضَعَ حَجَرًا، [فَتَلِفَ][3] بِذَلِكَ إِنْسَانٌ، فَدِيَتُهُ عَلَى [٨/١٧٠ظ/م] عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ تَلِفَ بَهِيمَةٌ فَضَمَانُهَا فِي مَالِهِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»[4].

وقالَ الحاكمُ ﷺ في «الكافي»: «وإذا احْتَفَرَ بِئْرًا الرَّجلُ في طريقِ المسلمينَ

---

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٣٤٩].

(٢) وقع في الأصل: «فتعلق». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٣) ما بين المعقوفتين: في «م»: «فعطب».

(٤) ينظر: «المختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٩].

فَيَضْمَنُ مَا يَتَوَلَّدُ مِنْهُ، غَيْرَ أَنَّ الْعَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُ النَّفْسَ دُونَ الْمَالِ فَكَانَ ضَمَانُ

غاية البيان

في غيرِ فِنائِه، فَوَقَعَ فيها حُرٌّ، أوْ عَبْدٌ فماتَ؛ فذلكَ على عاقِلَةِ الحافِرِ، ولَا كفَّارةَ عليه، وذلكَ لأنَّ الحافِرَ مُتَعَدٍّ، فيَكُونُ ما تَوَلَّدَ منه على العاقِلَةِ؛ لأنَّ الحَفْرَ ليسَ بموضوعٍ للقَتْلِ، ألَا تَرَىٰ أنَّه ليسَ بقاتلٍ حقيقةً، ولهذا لا تَجِبُ الكفَّارةُ، ولَا يَحْرُمُ عنِ الميراثِ؛ لأنَّه لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قاتلًا بالحَفْرِ، ولَا مقتولَ هناكَ.

ولَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قاتلًا بالوقوعِ؛ لأنَّه قدْ يَقَعُ في البِئْرِ بعدَ موتِ الحَافِرِ، ويَسْتَحِيلُ أَنْ يَكُونَ قاتلًا بعدَ مَوْتِهِ، ولكنِ الحَافِرُ مُسَبِّبٌ مُتَعَدٍّ، غيرَ أنَّ ضمانَ الآدميِّ تتحمَّلُه العاقِلَةُ دونَ المالِ، فلذلكَ وجَبَ عليهم ضمانُ الآدميِّ دونَ البَهيمةِ، فإنَّ ضمانَها عليه خاصَّةً.

والرَّقيقُ يَجِبُ ضمانُه علىٰ العاقِلَةِ، وإنْ كانَ فيه معنىٰ المالِ؛ لأنَّه آدمِيٌّ تَلِفَ علىٰ وجهِ الخطإِ، وضمانُ الدِّيَةِ في الخطإِ علىٰ العاقِلَةِ، وهذا في معنىٰ الخطإِ؛ لأنَّه ليسَ قصْدُ الحَافِرِ منَ الحَفْرِ السُّقوطَ»[1].

والأصلُ هنا: ما عُرِفَ في [٤٢٦/٣و] أُصولِ الفِقهِ: أنَّ الأصلَ في إضافةِ الحُكْمِ هوَ العِلَّةُ إذا كانَتْ صالحةً للإضافةِ، وإذا لَمْ تَصْلُحْ فقدْ يُقَامُ الشَّرطُ مقامَها؛ لاشتراكِ الشَّرطِ والعِلَّةِ في وجودِ الحُكْمِ عندَهما صِيانَةً للنَّفْسِ والمالِ عنِ الهَدَرِ.

وهنا عِلَّةُ التَّلَفِ ثِقَلُ الماشي، لَا تَصْلُحُ لإضافةِ الحُكْمِ؛ لأنَّ الإنسانَ جُبِلَ عَلَيْهِ بِخَلْقِ اللهِ تعالىٰ هكذا، وهوَ أمْرٌ طبيعيٌّ لَا تعَدِّيَ فيه، والسَّبَبُ مَشْيُ الماشي، وهو أمْرٌ مباحٌ لَا يَصْلُحُ سببًا لِمَا كانَ جَزَاءً، والشَّرْطُ إزالةُ مُسْكَةِ الأرضِ بالحَفْرِ وَقَعَ تَعَدِّيًا؛ لوقوعِه في غيرِ مِلْكِهِ، فأُضيفَ الحُكْمُ، وهوَ الضَّمانُ إلىٰ الشَّرطِ خَلَفًا عنِ العِلَّةِ.

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٢٤].

الْبَهِيمَةِ فِي مَالِهِ وَإِلْقَاءُ التُّرَابِ، وَاتِّخَاذُ الطِّينِ فِي الطَّرِيقِ بِمَنْزِلَةِ إِلْقَاءِ الْحَجَرِ وَالْخَشَبَةِ لِمَا [٢٥٩/٨ظ] ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَنَسَ الطَّرِيقَ، فَعَطِبَ بِمَوْضِعِ كَنْسِهِ إِنْسَانٌ، حَيْثُ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَدٍّ فَإِنَّهُ مَا أَحْدَثَ شَيْئًا فِيهِ إِنَّمَا قَصَدَ دَفْعَ الْأَذَىٰ عَنْ الطَّرِيقِ، حَتَّىٰ لَوْ جَمَعَ الْكُنَاسَةَ فِي الطَّرِيقِ وَتَعَقَّلَ بِهَا إِنْسَانٌ كَانَ ضَامِنًا لِتَعَدِّيهِ بِشَغْلِهِ (وَلَوْ وَضَعَ حَجَرًا فَنَحَّاهُ غَيْرُهُ عَنْ مَوْضِعِهِ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ فَالضَّمَانُ عَلَىٰ الَّذِي نَحَّاهُ) لِأَنَّ حُكْمَ فِعْلِهِ قَدْ انْتَسَخَ لِفَرَاغِ مَا شَغَلَهُ، وَإِنَّمَا اُشْتُغِلَ بِالْفِعْلِ الثَّانِي مَوْضِعٌ آخَرُ.

غاية البيان

قولُه: (وَإِلْقَاءُ التُّرَابِ، وَاتِّخَاذُ الطِّينِ فِي الطَّرِيقِ بِمَنْزِلَةِ إِلْقَاءِ الْحَجَرِ وَالْخَشَبَةِ)، يعني: في وُجوبِ الضَّمانِ.

قولُه: (لِمَا ذَكَرْنَا)، أي: لأنَّه مُتَعَدٍّ فِيهِ.

قولُه: (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَنَسَ الطَّرِيقَ، فَعَطِبَ بِمَوْضِعِ كَنْسِهِ إِنْسَانٌ، حَيْثُ لَا يَضْمَنُ).

قالَ الحاكمُ الشَّهيدُ في «الكافي»: «ولوْ أنَّ رَجلًا كَنَسَ الطَّرِيقَ، فَعَطِبَ بموضعِ كَنْسِهِ إنسانٌ؛ لمْ يَضمَنْ، وذلكَ لأنَّ الإنسانَ لا يَتَعَقَّلُ بموضعِ الكَنْسِ عادةً، فلا يَكُونُ فيما فَعَلَ مُحَصِّلًا لشَرْطِ السُّقوطِ، بلْ هوَ مُحْتَسِبٌ بِرَفْعِ الأذَىٰ عنِ الطَّريقِ، حتَّىٰ لوْ وَضَعَ كُنَاسَةً في الطَّريقِ فَعَطِبَ بها إنسانٌ يَضْمَنُ؛ لأنَّه مُتَعَدٍّ في وَضْعِها بِشَغْلِ طريقِ المسلمينَ»[1].

وقالَ القُدُوريُّ ﷺ في «شرحِه»: «وقالَ مُحَمَّدٌ ﷺ [١٧١/٨و/م]: إنْ وَضَعَ ذلكَ في طريقٍ غيرِ نافذٍ، وهوَ مِنْ أهْلِه؛ لَمْ يَضْمَنْ؛ لأنَّها بُقْعَةٌ مُشْتَرَكَةٌ، فهيَ كالدَّارِ المُشْتركةِ، فيَجُوزُ لكلِّ واحدٍ مِنَ الشُّركاءِ الانتفاعُ بها».

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٣ه].

وفي «الجامع الصغير»: في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق، فإن أمره السلطان، أو أجبره عليه، لم يضمن؛ لأنه غير متعد حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة (وإن كان بغير أمره فهو متعد) إما بالتصرف في حق غيره أو بالافتئات على رأي الإمام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة، وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره؛ لأن المعنى لا يختلف.

غاية البيان

قوله: (وفي «الجامع الصغير»: في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق، فإن أمره السلطان، أو أجبره عليه؛ لم يضمن)، وذلك لأن للإمام ولاية عامة، فلا يضمن ما فعله بإذن الإمام، وقد مر هذا في أول الباب.

والبالوعة والبلوعة بمعنى، وهو ما يحفر في وسط الدار لأجل ماء الوضوء، أو ماء المطر.

قوله: (أو بالافتئات على رأي الإمام).

والافتئات: الاستبداد بالرأي، افتعال من الفوت، وهو السبق.

قوله: (وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة)، يعني: إذا كان بأمر السلطان لا يضمن، وإن كان بغير أمره يضمن.

قوله: (مما ذكرناه وغيره).

أراد بما ذكره: إخراج الكنيف، أو الميزاب، أو الجرصن إلى الطريق، وبناء الدكان فيه، وإشراع الروشن، ووضع الحجر، وحفر البئر.

وأراد بغير ما ذكره: بناء الظلة، وغرس الشجر، ورمي الثلج، والجلوس للبيع.

وَكَذَلِكَ إِنْ حَفَرَهُ فِي مِلْكِهِ، لَمْ يَضْمَنْ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ (وَكَذَا إِذَا حَفَرَهُ فِي فِنَاءِ دَارِهِ) لِأَنَّ لَهُ ذَلِكَ لِمَصْلَحَةِ دَارِهِ وَالْفِنَاءُ فِي تَصَرُّفِهِ. وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَ الْفِنَاءُ مَمْلُوكًا لَهُ أَوْ كَانَ لَهُ حَقُّ الْحَفْرِ فِيهِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ، أَمَّا إِذَا كَانَ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ مُشْتَرَكًا بِأَنْ كَانَ فِي سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُ لِأَنَّهُ مُسَبِّبٌ مُتَعَدٍّ وَهَذَا صَحِيحٌ.

غاية البيان

قولُه: (وَكَذَلِكَ إِنْ حَفَرَهُ فِي مِلْكِهِ، لَمْ يَضْمَنْ)، يَعْنِي: كمَا أنَّه لَا يَضْمَنُ إذا حَفَرَ البِئْرَ في طريقِ المسلمينَ بإذْنِ الإمامِ؛ لَا يَضْمَنُ إذا حفَرَها في مِلْكِهِ [٣/٤٢٦ظ] بلَا إِذْنِ الإمامِ؛ لعدمِ التَّعَدِّي، وكذلكَ لا يَضْمَنُ إذا حفَرَ في فِنَاءِ دارِه.

قِيلَ: إنَّما يَكُونُ له أنْ يَحْفِرَ في فِنَاءِ دارِه إذا كانَ الفِناءُ مَملوكًا له، أوْ كانَ بحيثُ لا يَلْحَقُ الضَّرَرُ بغيرِه؛ لأنَّه إذا لم يَلْحَقِ الضَّرَرُ بالغَيْرِ؛ يَكُونُ له التَّصرُّفُ فيه مُقَيَّدًا بشرطِ السَّلامةِ؛ لعدمِ التَّعَدِّي، أمَّا إذا كانَ الفِناءُ لجماعةِ المسلمينَ، أوْ كانَ مُشْتَرَكًا كما إذا كانَ في سِكَّةٍ غير نافذةٍ؛ يَجِبُ الضَّمانُ لوجودِ التَّعَدِّي. أي: يَجِبُ ضمانُ حِصَّةِ الشُّركاءِ، لَا حِصَّةَ نَفْسِه، وقدْ مرَّ ذلكَ عندَ قولِه: (وَكَذَا إِذَا صَبَّ الْمَاءَ).

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» ﷺ: (وَهَذَا صَحِيحٌ)، أي هذا الجوابُ صحيحٌ، وهوَ أنَّه يَضْمَنُ إذا كانَ الفِناءُ مُشْتَرَكًا، أو كانَ لِجماعةِ المسلمينَ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «وإذا احْتَفَرَ الرَّجلُ بِئْرًا في طريقِ مكَّةَ، أوْ غيرِ ذلكَ مِنَ الفَيَافِي[1]؛ فلَا ضَمَانَ عليه في ذلكَ، وليسَ هذا كالأمصارِ؛ لأنَّه غَيْرُ مُتَعَدٍّ فيما فَعَلَ؛ لأنَّ الفَيَافِيَ على الإباحةِ

(١) الفَيَافِي: هِيَ البَرارِي الواسِعة، جَمْعُ: فَيْفَاء. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [٣/٤٨٥/ مادة: فَيَفَ].

وَلَوْ حَفَرَ فِي الطَّرِيقِ، وَمَاتَ الْوَاقِعُ فِيهِ جُوعًا، أَوْ غَمًّا؛ لَا ضَمَانَ عَلَىٰ الْحَافِرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ من مَعْنًىٰ فِي نَفْسِهِ فَلَا يُضَافُ إِلَىٰ الْحَفْرِ، وَالضَّمَانُ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا مَاتَ مِنَ الْوُقُوعِ.

غاية البيان

الأصليَّةِ، لَا حقَّ لأحدٍ فيها ولا اختصاصَ، فَمَنْ سَبَقَ يدُه تَصَرُّفًا فيه؛ صارَ أَخَصَّ به، ولهذا يَمْلِكُ تلكَ الحُفَيْرةَ، فصارَ عِندَ الفراغِ منه بِمَنزلةِ المَملوكِ له».

قالَ: «أَلَا تَرىٰ أنَّه لو ضَرَبَ [١٧١/٨ظ/م] هناكَ فُسطاطًا، أوِ اتَّخَذَ تَنُّورًا يُخْبَزُ فيه، أوْ رَبَطَ دابَّةً؛ لَمْ يَضْمَنْ ما أصابَ ذلكَ، أشارَ به إلىٰ أنَّه يَتَصَرَّفُ في موضعٍ هوَ بِسَبِيلٍ منه، فلَا يُوصَفُ فِعْلُهُ بالتَّعَدِّي، وقالوا: هذا إذا حَفَرَ في غيرِ مَمَرِّ المُسلمينَ، أمَّا إذا حَفَرَ في مَمَرِّهِمْ: يَنْبَغِي أنْ[1] يَضْمَنَ؛ لأنَّه مُتَعَدٍّ فيما فَعَلَ، وصارَ ذلكَ وطريقُ الأمصارِ سواءً».

قولُه: (وَلَوْ حَفَرَ فِي الطَّرِيقِ، وَمَاتَ الْوَاقِعُ فِيهِ جُوعًا، أَوْ غَمًّا؛ لَا ضَمَانَ عَلَىٰ الْحَافِرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀). وهذه مِنْ مسائلِ «الأصلِ»، ذَكَرَها تَفريعًا.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِيجَابيُّ ﵀: «ثُمَّ الضَّمانُ إنَّما يَجِبُ علىٰ الحَافِرِ، أو علىٰ الآمِرِ بالحَفْرِ إذا ماتَ السَّاقطُ بالسُّقوطِ، أمَّا إذا ماتَ فيه جُوعًا، أوْ غَمًّا؛ فإنَّه لا يَجِبُ.

وعنْ أبي يُوسُفَ ﵀: أنَّه إذا ماتَ فيه غَمًّا يَجِبُ، وإنْ ماتَ جُوعًا لَا يَجِبُ.

وعنْ مُحَمَّدٍ ﵀: أنَّه يَجِبُ في الوجهيْنِ؛ لأنَّه سببٌ لِمَوْتِهِ فيه جُوعًا وغَمًّا، لولا ذلكَ لَمَا أصابَه هذا.

وأبو يُوسُفَ ﵀ يَقُولُ: موتُه غَمًّا بسببِ فَسادِ هواءِ البِئْرِ، فَصَارَ ذلك مُضافًا إلىٰ الحافرِ، أمَّا الجُوعُ: فلا نِسْبَةَ له إلىٰ الحافرِ بِوَجْهٍ.

---

(١) وقع في الأصل: «أن لا». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ مَاتَ جُوعًا فَكَذَلِكَ، وَإِنْ مَاتَ غَمًّا فَالْحَافِرُ ضَامِنٌ لَهُ لِأَنَّهُ لَا سَبَبَ لِلْغَمِّ سِوَى الْوُقُوعِ، أَمَّا الْجُوعُ فَلَا يَخْتَصُّ بِالْبِئْرِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: هُوَ ضَامِنٌ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا، لِأَنَّهُ إِنَّمَا حَدَثَ بِسَبَبِ الْوُقُوعِ، إِذْ لَوْلَاهُ لَكَانَ الطَّعَامُ قَرِيبًا مِنْهُ.

وَإِنِ اسْتَأْجَرَ أُجَرَاءَ، فَحَفَرُوا لَهُ بِئْرًا فِي غَيْرِ فِنَائِهِ؛ فَذَلِكَ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْأُجَرَاءِ إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا أَنَّهَا فِي غَيْرِ فِنَائِهِ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ صَحَّتْ ظَاهِرًا [٢٦٠/و] إِذَا لَمْ يَعْلَمُوا فَنُقِلَ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ لِأَنَّهُمْ كَانُوا مَغْرُورِينَ، فَصَارَ كَمَا

غاية البيان

وفي ظاهرِ الرِّوايةِ: لا يَجِبُ؛ لأنَّه يُضافُ إلى الحَفْرِ ما هوَ مِنْ لَوَازِمِهِ، والسُّقوطُ مِنْ لَوَازِمِهِ، أمَّا الجوعُ والغَمُّ: فليسَ مِنْ لوازمِ السُّقوطِ».

وقولُه: (غَمًّا)، أي: انخناقًا بسببِ العُفونَةِ، مأخوذٌ مِنْ قولِهم: «يومٌ غَمٌّ». إذا كانَ يَأْخُذُ النَّفَسَ من شِدَّةِ الحَرِّ.

قولُه: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَ أُجَرَاءَ، فَحَفَرُوا لَهُ بِئْرًا فِي غَيْرِ فِنَائِهِ؛ فَذَلِكَ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْأُجَرَاءِ إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا أَنَّهَا [٣/٤٢٧و] فِي غَيْرِ فِنَائِهِ).

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﵀ في «**شرح الكافي**»: «فإنْ كانَ استأْجَرَ عليها أُجَرَاءَ فَحَفَرُوها؛ فذلكَ على المُسْتأجرِ، ولا شيءَ على الأُجَراءِ إذا لَمْ يَعْلَمُوا أنَّها في غيرِ فِنَائِهِ، وإنْ علِمُوا ذلكَ؛ فالضَّمانُ على الأُجَراءِ دونَ الآمِرِ؛ لأنَّهم إذا لَمْ يَعْلَمُوا أنَّها في غيرِ فِنَائِهِ، أوْ في غيرِ مِلْكِهِ؛ كانَ أمْرُه صحيحًا مِنْ حيثُ الظَّاهرُ، وذلكَ كافٍ لِنَقْلِ الفِعْلِ إلى الآمِرِ.

وهذا لأنَّا لوْ قُلْنا: إنَّ نَقْلَ الفِعلِ بقضيَّةِ الإجارةِ يَعْتَمِدُ صِحَّةَ الأَمْرِ حقيقةً؛ أدَّى إلى الضَّررِ بالأُجراءِ، إذْ يَمْتَنِعُونَ عنِ العمَلِ لغيرِهم مَخافةَ لُزومِ العُهدةِ،

إذَا أَمَرَ آخَرَ بِذَبْحِ هَذِهِ الشَّاةِ فَذَبَحَهَا ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّ الشَّاةَ لِغَيْرِهِ، إلَّا هُنَاكَ يَضْمَنُ الْمَأْمُورُ وَيَرْجِعُ عَلَى الْآمِرِ لِأَنَّ الذَّابِحَ مُبَاشِرٌ وَالْآمِرُ مُسَبِّبٌ وَالتَّرْجِيحُ لِلْمُبَاشَرَةِ فَيَضْمَنُ الْمَأْمُورُ وَيَرْجِعُ الْمَغْرُورُ، وَهُنَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ابْتِدَاءً لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسَبِّبٌ وَالْأَجِيرُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ وَالْمُسْتَأْجِرُ مُتَعَدٍّ فَيُرَجَّحُ جَانِبُهُ.

وَإِنْ عَلِمُوا ذَلِكَ فَالضَّمَانُ عَلَى الْأُجَرَاءِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ أَمْرُهُ بِمَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ وَلَا غُرُورَ فَبَقِيَ الْفِعْلُ مُضَافًا إلَيْهِمْ.

غاية البيان

وبالنَّاسِ حاجةٌ، فجعلْنا الصِّحَّةَ مِنْ حيثُ الظَّاهرُ كصِحَّةِ الأمرِ من حيثُ الحقيقةُ؛ لِنَقْلِ الفِعلِ إلى المُستأجرِ، وإذا عرفُوا أنَّه في غيرِ فِنائِه فقدْ عَرَفُوا أنَّه أَمَرَهم بأمرٍ باطلٍ، فلَا يُضَافُ فِعْلُهم إليه.

فإنْ قالُوا: يَنْبَغِي أنْ يَضْمَنُوا، ثُمَّ يَرْجِعُوا بالضَّمانِ على الآمِرِ، كالمُودعِ إذا اسْتُحِقَّتِ الوَديعةُ في يدِه، وقدْ هَلَكَ؛ فإنَّه يَضْمَنُ، ثُمَّ يَرْجِعُ بذلكَ على المُودعِ؛ لأنَّه أمينٌ لَحِقَهُ العُهْدةُ بسببِ عمَلٍ وقَعَ له بِأَمْرِهِ.

قلْنا: لَا يُشْبِهُ هذا فَصْلَ الوديعةِ؛ لأنَّه ثَمَّةَ سببُ الضَّمانِ مُتَعَدِّدٌ، كما وُجِدَ مِنَ المُودَعِ وُجِدَ مِنَ المُودِعِ، ولهذا خيَّرْناه في التَّضْمينِ [١٧٢/٨و/م]، ولكِنْ لوْ ضَمِنَ المُودَعُ؛ يَرْجِعُ عليه؛ لأنَّه ضَمِنَ سلامَتَهُ في الذي عَمِل، فيَرْجِعُ عليه بِحُكْمِ الكَفالةِ دلالةً.

أمَّا هُنَا: فسببُ الضَّمانِ واحدٌ، فإمَّا أنْ يُقَرَّرَ في موضعِه، أوْ يُنْقَلَ، والقولُ بالنَّقلِ مُمْكنٌ؛ لأنَّه بَايَعَ عَمَلَه، أوْ أَثَرَ عَمَلِهِ، وقد سلَّمَه إلى مَنْ هوَ بِسَبِيلٍ مِنَ التَّسليمِ إليه، فخَرَجَ مِن البَيْنِ، ولأنَّا لوْ قلْنا باتِّباعِ الأُجَراءِ، ثُمَّ الرجوعِ؛ أدَّى إلى إبطالِ حقوقِ النَّاسِ؛ لأنَّ الأُجراءَ قَلَّمَا يَعْرِفُونَ بخلافِ المُودَعِ».

قالَ: «وإنْ كانَ في فِنائِه: فهوَ على الآمِرِ دونَ الأُجَراءِ، إنْ عَلِمُوا أوْ لَمْ يَعْلَمُوا

وَإِنْ قَالَ لَهُمْ: هَذَا فِنَائِي، وَلَيْسَ لِي حَقُّ الْحَفْرِ فِي الْقَدِيمِ، فَحَفَرُوا فَمَاتَ فِيهِ إِنْسَانٌ؛ فَالضَّمَانُ عَلَى الْأُجَرَاءِ قِيَاسًا؛ لِأَنَّهُمْ عَلِمُوا بِفَسَادِ الْأَمْرِ فَمَا غَرَّهُمْ وَفِي الِاسْتِحْسَانِ: الضَّمَانُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ فِنَاءً لَهُ بِمَنْزِلَةِ كَوْنِهِ مَمْلُوكًا

غاية البيان

ـ يَعْنِي: عَلِمُوا أنَّه مِلْكُهُ، أوْ لَمْ يَعْلَمُوا.

أمَّا إذا لَمْ يَعْلَمُوا: فظاهرٌ، وكذلكَ إذا عَلِمُوا؛ لأنَّ الاشتباهَ قائمٌ مع هذا؛ لأنَّهم متىٰ رأَوْه يَنْتَفِعُ به انْتِفاعَ المِلْكِ مِنَ النُّزولِ عِندَه، والرُّكوبِ، ورَبْطِ الدَّابَّةِ، وحَطِّ الرَّحْلِ يَقَعُ عِنْدَهُ؛ أنَّ له هذا النَّوعَ مِنَ التَّصرُّفِ، وقدْ ذَكَرْنا أنَّه في موضعِ اشتبَهَ الأمرُ، جازَ نَقْلُ فِعْلِ الأجيرِ إليه؛ لِمَا ذَكَرْنا أنَّ صِحَّةَ الأمرِ ظاهرًا كافٍ لِنَقْلِ الفِعْلِ إلىٰ الآمِرِ.

قالَ في الكتابِ: بلَغَنَا نَحْوُ ذلكَ عنْ شُرَيْحٍ». كذا في «شرحِ الكافي».

وقالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرحِه»: «إذا كانَ في فِنائِه، فقدْ رُوِيَ عنْ شُرَيْحٍ: أنَّه ضَمَّن عَمْرَو بْنَ الْحَارِثِ قِيمَةَ بَغْلَةٍ وَقَعَتْ في بِئْرٍ حَفَرَهَا[1]، وقدْ كانَ عَمْرُو بنُ الحارِثِ أحدَ الرُّؤساءِ، وهوَ لا يَحْفِرُ بئرًا بِنَفْسِهِ، وإنَّما يَسْتَأْجِرُ مَنْ يَحفِرُها، وقدْ ضَمَّنَهُ شُرَيْحٌ بِحَضْرَةِ السَّلَفِ».

قولُه: (وَإِنْ قَالَ لَهُمْ: هَذَا فِنَائِي، وَلَيْسَ [٣/٤٢٧ظ] لِي حَقُّ الْحَفْرِ فِي الْقَدِيمِ، فَحَفَرُوا فَمَاتَ فِيهِ إِنْسَانٌ؛ فَالضَّمَانُ عَلَى الْأُجَرَاءِ قِيَاسًا؛ لِأَنَّهُمْ عَلِمُوا بِفَسَادِ الْأَمْرِ فَمَا غَرَّهُمْ[2]، وَفِي الِاسْتِحْسَانِ: الضَّمَانُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ).

(١) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٨٤٠٤]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٨/١١١] من طريق: سُفْيَان، عَنِ الْمُغِيرَةِ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ: أَنَّ بَغْلًا، وَقَعَ فِي بِئْرٍ فَانْكَسَرَ، فَاخْتَصَمُوا إِلَىٰ شُرَيْحٍ، فَقَالَ عَمْرُو بْنُ الْحَارِثِ: يَا أَبَا أُمَيَّةَ أَعَلَى الْبِئْرِ ضَمَانٌ؟ قَالَ: لَا، وَلَكِنْ عَلَىٰ عَمْرِو بْنِ الْحَارِثِ، فَضَمَّنَهُ، وَكَانَتِ الْبِئْرُ فِي الطَّرِيقِ فِي غَيْرِ حَقِّهِ». لفظ البيهقي.

(٢) وقع في الأصل: «عرفهم». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

لَهُ لِانْطِلَاقِ يَدِهِ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ مِنْ إِلْقَاءِ الطِّينِ وَالْحَطَبِ وَرَبْطِ الدَّابَّةِ وَالرُّكُوبِ وَبِنَاءِ الدُّكَّانِ فَكَانَ الْأَمْرُ بِالْحَفْرِ فِي مِلْكِهِ ظَاهِرًا بِالنَّظَرِ إِلَىٰ مَا ذَكَرْنَا فَكَفَىٰ ذَلِكَ لِنَقْلِ الْفِعْلِ إِلَيْهِ.

قَالَ: وَمَنْ جَعَلَ قَنْطَرَةً بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ، فَتَعَمَّدَ رَجُلٌ الْمُرُورَ عَلَيْهَا فَعَطِبَ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَىٰ الَّذِي جَعَلَ الْقَنْطَرَةَ، وَكَذَلِكَ إِنْ وَضَعَ خَشَبَةً عَلَىٰ الطَّرِيقِ، فَتَعَمَّدَ رَجُلٌ الْمُرُورَ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ تَعَدٍّ هُوَ تَسْبِيبٌ، وَالثَّانِي تَعَدٍّ هُوَ مُبَاشَرَةٌ

غاية البيان

قالَ في «الفتاوىٰ الصُّغرىٰ»: «ولو استأجَرَ رَجلًا لِيَحْفِرَ له بئرًا في فِناءِ دارِه، فَحَفَرَ بِئرًا وفَرَغَ منَ العملِ، ثُمَّ وَقَعَ فيه إنسانٌ، إنْ كانَ أخبَرَ المُسْتأجِرُ الأجيرَ أنَّ له حقُّ الحَفْرِ؛ فالضَّمانُ علىٰ الآمِرِ، وإنْ كانَ أخبَرَه أنَّ ليسَ له حَقُّ الحَفْرِ؛ فالقياسُ: أنْ يَكُونَ الضَّمانُ علىٰ الأَجيرِ.

وفي الاستحسانِ: يَجِبُ علىٰ الآمِرِ إنْ كانَ بعدَ الفراغِ منَ العملِ، بخلافِ الآمِرِ بِذَبْحِ الشَّاةِ، وإشراعِ الجَناحِ؛ لأنَّ هناكَ إذا لَمْ يَعْلَم المأمورُ بفسادِ الآمِرِ؛ يَضْمنُ، ثُمَّ يَرْجِعُ علىٰ الآمِرِ، وهُنا لا يَضْمنُ المأمورُ أصلًا؛ لأنَّ هناكَ هُمَا مُباشِرانِ، والمُباشِرُ يَضْمنُ مُتَعَدِّيًا كانَ أوْ لَمْ يَكُنْ، لَكِنْ يَرْجِعُ إذا كانَ مَغْرورًا، وهاهنا كلُّ واحدٍ منهما مُسَبِّبٌ، والمُسَبِّبُ إنَّما يَضْمَنُ إذا كانَ مُتَعَدِّيًا، والمُتَعَدِّي هاهنا الآمِرُ دونَ المأمورِ»[1].

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ جَعَلَ قَنْطَرَةً بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ، فَتَعَمَّدَ رَجُلٌ الْمُرُورَ عَلَيْهَا فَعَطِبَ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَىٰ الَّذِي جَعَلَ [۸/۱۷۲ظ/م] الْقَنْطَرَةَ، وَكَذَلِكَ إِنْ وَضَعَ خَشَبَةً عَلَىٰ الطَّرِيقِ، فَتَعَمَّدَ رَجُلٌ الْمُرُورَ عَلَيْهَا)، أي: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ»[2].

(۱) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٢٦٣، ٢٦٤].
(۲) «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٥].

فَكَانَتْ الْإِضَافَةُ إِلَىٰ الْمُبَاشِرِ أَوْلَىٰ، وَلِأَنَّ تَخَلُّلَ فِعْلِ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ يَقْطَعُ النِّسْبَةَ كَمَا فِي الْحَافِرِ مَعَ الْمُلْقِي.

قَالَ: وَمَنْ حَمَلَ شَيْئًا فِي الطَّرِيقِ، فَسَقَطَ عَلَىٰ إِنْسَانٍ فَعَطِبَ بِهِ؛ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَكَذَلِكَ إِذَا سَقَطَ فَتَعَثَّرَ بِهِ إِنْسَانٌ، وَإِنْ كَانَ رِدَاءً فَلَبِسَهُ فَسَقَطَ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ؛ لَمْ يَضْمَنْ ....

غاية البيان

وذلكَ لأنَّ الَّذي نَصَبَ القَنْطرةَ علىٰ نَهرٍ بغيرِ إِذْنِ الإمامِ مُتَعدٍّ، إذا لَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ قَنْطَرَةٌ في القديم، ولكنَّه مُسَبِّبٌ، وإنَّما يُضافُ الحُكْمُ إلىٰ صاحبِ السَّبَبِ إذا لَمْ يَكُنْ صاحبُ العِلَّةِ صالحًا لإضافةِ الحُكْمِ إليه، بأنْ كانَتْ مُباحةً.

فأمَّا إذا اسْتَوَيَا في العُدوانِيَّةِ: فالإضافةُ إلىٰ صاحبِ العِلَّةِ؛ لأنَّها بالإضافةِ أَوْلَىٰ؛ لكونِها أقوىٰ، فلمَّا تَعَمَّدَ المُرورَ [علىٰ القَنْطَرَةِ أو][1] علىٰ الخَشَبَةِ؛ فقدْ تعدَّىٰ وظَلَمَ نفسَه، فلا يُضافُ إلىٰ المُسَبِّبِ، كَمَنْ حَفَرَ بِئرًا علىٰ قارعةِ الطَّريقِ، فجاءَ إنسانٌ فَأَوْقَعَ نفسَه فيها؛ لا يَجِبُ الضَّمانُ علىٰ الحافرِ، فكذا هذا، فصارَ كَرَجُلٍ أَوْقَفَ دابَّته علىٰ الطَّريقِ، فجاءَ رجلٌ فَنَخَسَهَا فَرَمَحَتْهُ، أو كَدَمَتْهُ؛ لا يَجِبُ الضَّمانُ علىٰ المُوقِفِ، ولأنَّ تَخَلُّلَ فِعْلِ فاعلٍ مُختارٍ بينَ السَّببِ والحُكْمِ يَقْطَعُ نِسبةَ الحُكْمِ إلىٰ السَّببِ، كالحافِرِ علىٰ قارعةِ الطَّريقِ معَ الدَّافعِ، حيثُ يُضافُ الضَّمانُ إلىٰ الدَّافعِ لا إلىٰ الحافرِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ حَمَلَ شَيْئًا فِي الطَّرِيقِ، فَسَقَطَ عَلَىٰ إِنْسَانٍ فَعَطِبَ بِهِ؛ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَكَذَلِكَ إِذَا سَقَطَ فَتَعَثَّرَ[2] بِهِ إِنْسَانٌ، وَإِنْ كَانَ رِدَاءً فَلَبِسَهُ فَسَقَطَ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ؛ لَمْ يَضْمَنْ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵃: **فِي الرَّجُلِ يَحْمِلُ**

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، «م»، و«ر».

(٢) وقع في الأصل: «فتعلق». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

. . . .

الشَّيْءَ في الطَّريقِ، فيَسْقطُ منه ذلكَ الشَّيءُ، فَيَعْطَبُ به إنسانٌ فيَمُوتُ، قالَ: الحامِلُ ضَامِنٌ، وإنْ كانَ رداءً هوَ لَابِسُهُ، فسَقطَ منه، فَعَطِبَ به إنسانٌ، قالَ: لَا يَضْمَنُ»[١].

وقالَ أيضًا فيه: «عن يَعْقُوبَ، عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ [٤٢٨/٣و]: في الرَّجُلِ يَسُوقُ دَابَّةً عليها سَرْجٌ، فَيَقَعُ السَّرْجُ علىٰ إنسانٍ فيقتُلُهُ، قالَ: السَّائِقُ ضَامِنٌ»[٢]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

والفَرقُ: أنَّ حَمْلَ الشَّيْءِ علىٰ الرَّأسِ، أوْ علىٰ العاتِقِ حِفْظٌ له قَصْدًا، فإذا قَصَّرَ حتَّىٰ سَقَطَ؛ كانَ ذلكَ مُضافًا إليه، فصارَ بالحَمْلِ مُسَبِّبًا له، وهوَ مُباحٌ مُقَيَّدٌ بشرطِ السَّلامةِ، فإذا أُضِيفَ إليه التَّلَفُ؛ كانَ ضامِنًا، وكذلكَ السَّرْجُ مِنَ الأحمالِ، فأمَّا الرِّداءُ فَتَابعٌ لِبَدَنِهِ، ليسَ لُبْسُهُ للحِفْظ، بلِ الحِفْظُ فيه تَبَعٌ، فلَمْ يُجْعَلْ سُقُوطُهُ مُضافًا إليه، فلَمْ يَضْمَنْ.

قالَ الْكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «قالَ مُحَمَّدٌ: قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: إذا كانَ الرَّجُلُ يَمْشِي في الطَّريقِ وعليه شيءٌ لَابِسُهُ سَيْفٌ، أوْ طَيْلَسَانٌ[٣] أو غيرُه، فوقَعَ ذلكَ عنه فَعَطِبَ به عَاطِبٌ فقتَلَه، أوْ وَقعَ علىٰ إنسانٍ فَأَعْطَبَهُ، أوْ وَقعَ في الطَّريقِ، فَعَثَرَ به عاثِرٌ؛ [فلَا ضَمَانَ عليه في شيءٍ مِنْ ذلكَ، ولوْ لَمْ يَكُنْ لابسًا لذلكَ، ولكنَّه كانَ حامِلًا له فَوَقَعَ منه علىٰ إنسانٍ فقتَلَه، أوْ وَقَعَ [١٧٣/٨و/م] منه فَعَثَرَ به عَاثِرٌ][٤]؛ فهوَ ضَامِنٌ لِدِيَةِ مَنْ هَلَكَ بذلكَ»[٥]. إلىٰ هُنا لفظُ الْكَرْخِيِّ ﷺ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٤].

(٢) ينظر: المصدر السابق [ص/٥١٥، ٥١٦].

(٣) الطَّيْلَسَانُ: تَعْرِيبُ تَالْشَان، وجَمْعُه: طَيَالِسَة، وهو مِن لِبَاس العَجَم، مُدَوَّر أَسْوَد. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٥) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٠/ داماد].

وَهَذَا اللَّفْظُ يَشْمَلُ الْوَجْهَيْنِ.

وذلكَ لأنَّ ما يَلْبَسُهُ الإنسانُ ليسَ يُمْكِنُهُ الاحترازُ مِنه، وما لا يُمْكِنُهُ الاحترازُ مِنه لا يُضْمنُ في الطُّرُقِ؛ لأنَّه لَا بُدَّ منه، والحَمْلُ يُمْكنُ الاحترازُ منه، وله منه بُدٌّ، فما يَتَوَلَّدُ [منه][1] مَضْمونٌ؛ لأنَّه مُباحٌ مُقَيَّدٌ بشرطِ السَّلامةِ.

ألَا تَرَىٰ أنَّ اللهَ تعالىٰ أباحَ الاصطيادَ، ورَمْيَ الصَّيدِ، فلوْ أنَّه رَمَىٰ صَيدًا فوقَعَ بشاةٍ، أو إنسانٍ؛ ضَمِنَ، وكذا لوْ رَمىٰ مُشْركًا في حالِ القتالِ، فأصابَ مُسْلمًا، وقدْ فَرَضَ اللهُ تعالىٰ رَمْيَهُ في تلكَ الحالِ، فهكذا الإباحةُ في الحملِ.

فأمَّا اللِّباسُ: فأمرٌ عامٌّ يَشْتَرِكُ فيه المسلمونَ جميعًا، وهمْ فيه أُسْوَةٌ، ولَا بدَّ لكلِّ واحدٍ منه.

وقالَ الْكَرْخِيُّ ﷺ أيضًا في «مختصرِه»: «قالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: وإنَّما نُجِيزُ مِنْ ذلكَ، ونُبْطِلُ الضَّمَانَ فيما كانَ يَلْبَسُه النَّاسُ، فإذا لبسَ مِن ذلكَ ما لَا يَلْبَسُونَه؛ جعلْناه بمنزلةِ الحاملِ، وضَمَّنَّاهُ به كما يَضْمَنُ الحامِلُ»[2]. إلىٰ هُنا لفظُ الْكَرْخِيِّ ﷺ.

قالَ الْقُدُورِيُّ ﷺ: «وهذا صحيحٌ؛ لأنَّ ما [لا][3] يَلْبَسُه النَّاسُ؛ لا تَدْعُو إليه الحاجةُ، فهوَ كالحَمْلِ، فيَكُونُ مُقَيَّدًا بشرطِ السَّلامةِ».

قولُه: (وَهَذَا اللَّفْظُ). أشارَ به إلىٰ قولِه: (فَعَطِبَ بِهِ؛ فَهُوَ ضَامِنٌ).

قولُه: (يَشْمَلُ الْوَجْهَيْنِ).

أرادَ بهما: تَلَفَ الإنسانِ بوقوعِ الشَّيءِ المحمولِ عليه، وَتَلَفَهُ بِهِ بِالتَّعَثُّرِ به بعد

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«م».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٠/ داماد].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«م»، و«ر»، و«غ».

وَالْفَرْقُ أَنَّ حَامِلَ الشَّيْءِ قَاصِدٌ حِفْظَهُ فَلَا حَرَجَ فِي التَّقْيِيدِ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ، وَاللَّابِسُ لَا يَقْصِدُ حِفْظَ مَا يَلْبَسُهُ فَيَخْرُجُ بِالتَّقْيِيدِ بِمَا ذَكَرْنَا فَجَعَلْنَاهُ مُبَاحًا مُطْلَقًا.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِذَا لَبِسَ مَا لَا يَلْبَسُهُ عَادَةً فَهُوَ كَالْحَامِلِ [٢٦٠/ط]؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ لَا تَدْعُو إِلَىٰ لُبْسِهِ.

قَالَ: وَإِذَا كَانَ الْمَسْجِدُ لِلْعَشِيرَةِ، فَعَلَّقَ رَجُلٌ مِنْهُمْ قِنْدِيلًا، أَوْ جَعَلَ فِيهِ بَوَارِيَّ[1]، أَوْ حَصَاةٍ، فَعَطِبَ بِهِ رَجُلٌ؛ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي فَعَلَ ذَلِكَ

غاية البيان

وُقوعِه في الطَّريقِ.

والفرقُ - أي: الفرقُ بينَ المَحْمولِ والمَلْبوسِ -: حيثُ يَجِبُ الضَّمَانُ في الأوَّلِ دونَ الثَّاني.

قولُه: (بِالتَّقْيِيدِ بِمَا ذَكَرْنَاهُ)، أي: بوَصْفِ السَّلامةِ.

قولُه: (إِذَا لَبِسَ مَا لَا يَلْبَسُهُ)، وهو كَاللَّبَدِ[2]، والجُوَالِقِ[3]، ودِرْعِ الحَرْبِ في غيرِ موضعِ الحَرْبِ، والثَّوْبِ الَّذي لا يُحْتَاجُ إليه مِنْ حيثُ الزِّينةُ، ومِنْ حيثُ دَفْعُ الحَرِّ والبَرْدِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كَانَ الْمَسْجِدُ لِلْعَشِيرَةِ، فَعَلَّقَ رَجُلٌ مِنْهُمْ قِنْدِيلًا، أَوْ جَعَلَ فِيهِ بَوَارِيَّ، أَوْ حَصَاةٍ، فَعَطِبَ بِهِ رَجُلٌ؛ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي فَعَلَ ذَلِكَ

---

(١) البَوَارِيّ: جَمْع البَارِية، وهي الحَصِيرُ المَنْسُوج، والنِّسْبَةُ إِلَىٰ عَمَلِها وبَيْعِها: بَوَّارِيّ. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) اللِّبَدُ: مَا يَتَلَبَّدُ مِنْ شَعْرٍ أَوْ صُوفٍ. ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [٥٤٨/٢/ مادة: لبد].

(٣) الجُوَالِق - بضَمّ الجيم أَوْ كَسْرها -: وِعاءٌ مِن صُوفٍ أَوْ شَعرٍ أَوْ غيرهما، جَمْعُه: جَوالِق، وجَوَالِيق. وقد تقدم التعريف بذلك.

مِنْ غَيْرِ الْعَشِيرَةِ؛ يَضْمَنُ.

غاية البيان

مِنْ غَيْرِ الْعَشِيرَةِ؛ يَضْمَنُ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: في المسجدِ يَكُونُ للعَشِيرةِ، فيَجِيءُ رَجُلٌ منَ العَشيرةِ، فيُعَلِّقُ فيه قِنْديلًا، أوْ يَبْسُطُ فيه بَوَارِيَّ، أوْ حَصًى، فَيَعْطَبُ به إنسانٌ، قالَ: لا شيءَ [عليه][1]، وإنْ كانَ الفاعِلُ لذلكَ منْ غيرِ العَشيرةِ؛ ضَمِنَ ذلكَ كلَّه.

وإنْ جَلَسَ رَجُلٌ منَ العَشيرةِ في ذلكَ المَسجدِ فَعَطِبَ به إنسانٌ، قالَ: إنْ كانَ [٣/٢٨ع ط] جالسًا في صلاةٍ؛ لَمْ يَضْمَنْ، وإنْ كانَ جالسًا في غيرِ صلاةٍ ضَمِنَ. وقالَ أبو يُوسُفَ ومُحَمَّدٌ ﷺ: لَا يَضْمَنُ على كلِّ حالٍ»[2]. إلى هُنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

وقالَ الحاكمُ الشَّهيدُ ﷺ في «الكافي»: «وإذا حَفَرَ أهلُ المسجدِ فيه بِئْرًا لِمَاءِ المَطرِ، أوْ وَضَعوا فيه جُبًّا[3] يُصَبُّ فيه الماءُ، أوْ طَرَحوا [٨/١٧٣ط/م] فيه بَوَارِيَّ، أوْ حَصًى، أو رَكَّبُوا بَابًا وعَلَّقوا فيه قِنْدِيلًا، أوْ ظَلَّلُوه؛ فلَا ضَمَانَ فيمنْ عَطِبَ بذلكَ عليهم؛ لأنَّ هذه الأمورَ مِنْ مصالحِ المسجدِ، وأهلُه مُتَعَيِّنون لذلكَ، فلَا يُوصَفُ فِعْلُهم بالتَّعَدِّي، وكذلكَ إنْ فَعَلَه غيرُهم بإذْنِهم، وإنْ فَعَلَ بغيرِ إذْنِهم؛ فهوَ ضامنٌ في قولِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ.

وقالَ أبو يُوسُف ومُحَمَّدٌ ﷺ: إذا كانَ مَسْجِدَ عامَّةٍ، فلَا ضَمَانَ عليهم اسْتِحْسانًا إلَّا في البِناءِ والحَفْرِ»[4].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٥].

(٣) الجُبُّ ـ بالضَّمِّ ـ: البِئْرُ، أو الكثيرةُ الماءِ البَعيدَةُ القَعْرِ، أو الجَيِّدَةُ المَوْضِعِ من الكَلإ، أو التي لم تُطْوَ. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [١٢١/٢/ مادة: جبب].

(٤) ينظر: «الكافي» للحكام الشهيد [ق/٥٢٥].

قَالُوا: هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا، لِأَنَّ هَذِهِ مِنَ الْقُرَبِ وَكُلُّ أَحَدٍ مَأْذُونٌ فِي إِقَامَتِهَا فَلَا يَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، كَمَا إِذَا فَعَلَهُ بِإِذْنِ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَسْجِدِ.

غاية البيان

وجهُ قولِهما: أنَّ جميعَ المسلمينَ سواءٌ في المساجدِ، وقد أُذِنَ للمسلمينَ في عِمارَتِهِ، قالَ اللهُ تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ﴾ [التوبة: ١٨]. وقالَ تعالىٰ: ﴿فِى بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ﴾ [النور: ٣٦]، فإذا كانُوا سواءً؛ كانَ الكُلُّ أَهْلًا للتَّصرُّف فيما وقعَ مصلحةً للمسْجدِ ظاهرًا، وَبَسْطُ الحَصِيرِ وتعليقُ القِنْدِيلِ وما شَاكَلَ ذلكَ مصالِحُ ظاهرةٌ، فلا يُمْنَعُ أحدٌ منْ ذلكَ.

ألَا تَرىٰ أنَّه لا يُمْنَعُ مِنَ الصَّلاةِ فيه، فلا يُمْنَعُ أيضًا مِمَّا هوَ مِنْ ضَروراتِ الصَّلاةِ، وبَسْطُ الحَصِيرِ والإسْرَاجِ من ضروراتِها، بخلافِ البناء والحَفْرِ، ولأنَّ سائرَ النَّاسِ متىٰ كانُوا مَأْذُونِينَ بالدُّخولِ فيه، والجلوسِ للصَّلاةِ فيه، والتَّدريسِ ونحوِه؛ نزلُوا منْ أهلِ المسجدِ منزلةَ المُسْتعيرِ منَ المالكِ في الدَّارِ، ومعلومٌ أنَّ للمُسْتعيرِ أنْ يضَعَ في الدَّارِ الحصيرَ والقِنْدِيلَ، وليسَ له أن يَحْفِرَ فيها أو يَبْنِيَ، فكذلكَ هذا.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ هذا الرَّجلَ فَعَلَ ما فَعَلَ حيثُ لَا مِلْكَ له ولَا وِلَايَةَ، فيَضْمَنُ، كما لَوْ حَفَرَ بئرًا في المسجدِ فعَطِبَ فيها إنسانٌ، أو بهيمةٌ أنَّه يَضْمنُ.

وإنَّما قُلْنا ذلكَ؛ لأنَّ غيرَ العَشيرةِ لَا يَمْلِكُ ذلكَ إلَّا بإذْنِهم، ولهم مَنْعُهُ عنْ ذلكَ لاختصاصهم بالرَّأي والتَّدبيرِ فيه، ألَا ترىٰ أنَّ نَصبَ[1] الإمامِ والقَيِّمِ وفَتْحَ بابِه وإغلاقَه مُفَوَّضٌ إليهم، ولهذا إذا صلَّىٰ غيرُ العَشيرةِ فيه بجماعةٍ؛ فَلِأَهْلِ

(١) وقع في الأصل: «نصيب». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الْفَرْقُ أَنَّ التَّدْبِيرَ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالْمَسْجِدِ لِأَهْلِهِ دُونَ غَيْرِهِمْ كَنَصْبِ الْإِمَامِ وَاخْتِيَارِ الْمُتَوَلِّي وَفَتْحِ بَابِهِ وَإِغْلَاقِهِ وَتَكْرَارِ الْجَمَاعَةِ إِذَا سَبَقَهُمْ بِهَا غَيْرُ أَهْلِهِ فَكَانَ فِعْلُهُمْ مُبَاحًا مُطْلَقًا غَيْرَ مُقَيَّدٍ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ وَفِعْلُ غَيْرِهِمْ تَعَدِّيًا أَوْ مُبَاحًا مُقَيَّدًا بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، وَقَصْدُ الْقُرْبَةِ لَا يُنَافِي الْغَرَامَةَ إِذَا أَخْطَأَ الطَّرِيقَ كَمَا إِذَا تَفَرَّدَ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الزِّنَا وَالطَّرِيقُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ الِاسْتِئْذَانُ مِنْ أَهْلِهِ.

وَإِنْ جَلَسَ فِيهِ رَجُلٌ مِنْهُمْ، فَعَطِبَ بِهِ رَجُلٌ؛ لَمْ يَضْمَنْ إِنْ كَانَ فِي

غاية البيان

المسجدِ أن يُصلُّوا فيه بجماعةٍ مِن غيرِ كراهةٍ، ويُكْرَهُ عكسُ ذلكَ.

ولأنَّ أكثرَ ما في البابِ: أنْ يَكُونَ ذلك مُباحًا، وهوَ غيرُ واجبٍ لَا مَحالةَ، فكانَ مُقَيَّدًا بشرطِ السَّلامةِ مَضمونَ العاقِبةِ، وصارَ كَمَنْ وَقَفَ في طريقِ المُسلمينَ يُصْلِحُ بِئْرَ المُسلمينَ؛ أنَّه يَضْمَنُ ما عَطِبَ به، وإنْ كانَ مُتَقَرِّبًا في ذلكَ، فكذلكَ هذا.

وقَصْدُ القُرْبَةِ لَا يُنافي الضَّمانَ إذا أخطأَ طَريقَ القُرْبَةِ، ألَا تَرَى أنَّ مَنْ شَهِدَ وَحْدَه في الزِّنا؛ يُحَدُّ حَدَّ القَذْفِ، وإنْ كانَ أداءُ شهادتِه حِسْبَةً لله تعالى مُتَقرِّبًا، ولكنْ لمَّا لَمْ يَكْمُلْ نِصابُ الشَّهادةِ في الزِّنا، وهيَ شهادةُ الأربعةِ؛ اعْتُبِرَ [١٧٤/٨و/م] قَذْفًا، ولَا يَمْتَنِعُ أنْ يَكُونَ المسجدُ لجماعةِ المسلمينَ، ويَخْتَصُّ تَدْبيرُه بأهْلِه، ألَا تَرَىٰ أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ أخَذَ مفاتيحَ الكعْبةِ مِنْ بَنِي شَيْبَةَ، فأمَرَه اللهُ [٤٢٩/٣و] تعالى بِرَدِّها إليهم بقولِه تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨][1]، والكعبةُ حقٌّ لجميعِ المُسلمينَ، وإنِ اخْتُصَّ قومٌ بِتَدْبيرِها.

قولُه: (وَإِنْ جَلَسَ فِيهِ رَجُلٌ مِنْهُمْ، فَعَطِبَ بِهِ رَجُلٌ؛ لَمْ يَضْمَنْ إِنْ كَانَ فِي

(١) أخرجه: الطبري في «تفسيره» [٤٩١/٨]، من طريق حجاج، عن ابن جريج في قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾. قال: «نزلت في عُثمان بن طلحة بن أبي طلحة، قبض منه النبي ﷺ مفاتيح الكعبة».

الصَّلَاةِ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ؛ ضَمِنَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ عَلَىٰ كُلِّ حَالٍ.

غاية البيان

الصَّلَاةِ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ؛ ضَمِنَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ عَلَىٰ كُلِّ حَالٍ). وهذه مِنْ مسائلِ «الجامعِ الصَّغيرِ»[١].

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» ﷺ تفريعًا عليها: (وَلَوْ كَانَ جَالِسًا لِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ، أَوْ لِلتَّعْلِيمِ، أَوْ لِلصَّلَاةِ، أَوْ نَامَ فِيهِ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ، أَوْ نَامَ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ، أَوْ مَرَّ فِيهِ مَارٌّ، أَوْ قَعَدَ فِيهِ لِحَدِيثٍ؛ فَهُوَ عَلَىٰ هَذَا الِاخْتِلَافِ).

يَعْنِي: عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: [يَضْمَنُ][٢]، وعندَهما: لا يَضْمَنُ.

وقالَ الحاكمُ الشَّهيدُ ﷺ في «الكافي»: «وإذا قَعَدَ الرَّجُلُ في مسجدِ جماعةٍ، أو نامَ فيه، أَوْ قامَ فيه مِنْ غيرِ صلاةٍ، أَوْ مَرَّ فيه، فما أصابَ بما أحدَثَ؛ فهوَ ضَامِنٌ، كما يَضْمَنُ في الطَّريقِ الأعظمِ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وقالَ أبو يُوسُفَ ومُحَمَّدٌ ﷺ: لا ضَمَانَ عليه»[٣].

وجهُ قولِهما: أنَّ هذه الأمورَ مُباحةٌ في المسجدِ، وقدْ يَكُونُ قُرْبَةً في بعضِ الأحوالِ إذا قُصِدَ به انتظارُ الصَّلاةِ، والمُنْتظرُ للصَّلاةِ كأنَّه في الصَّلاةِ، فلَوْ قَعَدَ في حالِ الصَّلاةِ؛ لم يَضْمَنْ، وكذلكَ إذا قَعَدَ في حالةٍ هيَ مُلْحَقَةٌ بالصَّلاةِ.

واسْتَوضَحَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرحِه» بقولِه: «ألَا تَرَىٰ أنَّ الماشيَ في الطَّريقِ للطَّاعةِ لمَّا لمْ يَضْمَنْ؛ [لَمْ يَضْمَنْ][٤] إذا مَشَىٰ لِلمَعْصِيَةِ، ولأنَّ بعضَ الصَّحابةِ كانُوا يَبِيتُونَ في المساجدِ، وكذلكَ بعضُ الصَّالحينَ بعدَهم كانُوا يختارُونَ إطالةَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٥].
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«ر».
(٣) ينظر: «الكافي» للحكام الشهيد [ق/٥٢٥].
(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

وَلَوْ كَانَ جَالِسًا لِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ أَوْ لِلتَّعْلِيمِ أَوْ لِلصَّلَاةِ أَوْ نَامَ فِيهِ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ أَوْ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ أَوْ مَرَّ فِيهِ مَارًّا أَوْ قَعَدَ فِيهِ لِحَدِيثٍ فَهُوَ عَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ، وَأَمَّا الْمُعْتَكِفُ فَقَدْ قِيلَ عَلَى هَذَا الخلاف[1].

وَأَمَّا الْمُعْتَكِفُ فَقَدْ قِيلَ عَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ، وَقِيلَ لَا يَضْمَنُ.

لَهُمَا أَنَّ الْمَسْجِدَ إِنَّمَا بُنِيَ لِلصَّلَاةِ وَالذِّكْرِ وَلَا يُمْكِنُهُ أَدَاءُ الصَّلَاةِ بِالْجَمَاعَةِ إِلَّا بِانْتِظَارِهَا فَكَانَ الْجُلُوسُ فِيهِ مُبَاحًا لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ الصَّلَاةِ، أَوْ لِأَنَّ الْمُنْتَظِرَ لِلصَّلَاةِ فِي الصَّلَاةِ حُكْمًا بِالْحَدِيثِ فَلَا يَضْمَنُ كَمَا إِذَا كَانَ فِي الصَّلَاةِ..

غاية البيان

المُكْثِ في المساجدِ، فلوْ كانَ ذلكَ أمْرًا غير مُسْتَحْسَنٍ لَمَا اختارُوا ذلكَ.

ولأبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنّه شَغَلَ المسجدَ بأمْرٍ لم يُوضَعْ له، فَيَتَقَيَّدُ بشرطِ السَّلامةِ، كما لوْ وقَفَ في طريقِ العامَّةِ أوْ قَعَدَ؛ وذلكَ لأنَّ المساجدَ إنَّما أُعِدَّتْ للصَّلاةِ فيها ولِذِكْرِ اللهِ تعالى، قالَ اللهُ تعالى: ﴿وَلَذِكْرُ ٱللَّهِ أَكْبَرُ﴾ [العنكبوت: ٤٥].

وقالَ تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ يُسَبِّحُ لَهُۥ فِيهَا بِٱلْغُدُوِّ وَٱلْآصَالِ﴾ [النور: ٣٦].

فمَنْ شَغَلَهُ بغيرِ ذلك كانَ مُتَعَدِّيًا، كالطَّريقِ لمَّا وُضِعَتْ للاجتيازِ؛ كانَ القاعدُ فيها ضامنًا، فكذا هذا، وَلَئِنْ كانَ فيه ضربُ إطلاقٍ، ولكنْ يُقَيَّدُ بشرطِ السَّلامةِ كسائرِ المُباحاتِ، فإذا انْقَلَبَ فسادًا؛ تَبَيَّنَ أنّه مَحجورٌ عنه، واسْتقامَ التَّقييدُ؛ لأنّه جائزُ التَّركِ».

قالَ شيخُ الإسلام علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «قالوا هذا

(١) في حاشية الأصل: «خ: الاختلاف».

وَلَهُ أَنَّ الْمَسْجِدَ إِنَّمَا بُنِيَ لِلصَّلَاةِ، وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ مُلْحَقَةٌ بِهَا فَلَا بُدَّ مِنْ إِظْهَارِ التَّفَاوُتِ فَجَعَلْنَا الْجُلُوسَ لِلْأَصْلِ مُبَاحًا مُطْلَقًا وَالْجُلُوسَ لِمَا يُلْحَقُ بِهِ مُبَاحًا مُقَيَّدًا بِشَرْطِ السَّلَامَةِ وَلَا غَرْوَ أَنْ يَكُونَ الْفِعْلُ مُبَاحًا أَوْ مَنْدُوبًا إِلَيْهِ وَهُوَ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ كَالرَّمْيِ إِلَى الْكَافِرِ أَوْ إِلَى الصَّيْدِ وَالْمَشْيِ فِي الطَّرِيقِ [٢٦١/و] وَالْمَشْيِ فِي الْمَسْجِدِ إِذَا وَطِئَ غَيْرَهُ وَالنَّوْمِ فِيهِ إِذَا انْقَلَبَ عَلَى غَيْرِهِ.

۞ غاية البيان ۞

إذا جلسَ [٨/١٧٤ظ/م] للحديثِ، أمَّا إذا جلسَ لقراءةِ القرآنِ، أو للذِّكْرِ، أو للتَّذْكيرِ، أوْ ما شاكَلَ ذلكَ مِن القُرَبِ، وكذلكَ إذا جلسَ لانتظارِ الصَّلاةِ، يَنْبَغِي ألَّا يَضْمَنَ ما عَطِبَ به؛ لأنَّ المساجدَ أُعِدَّتْ لهذه الأمورِ».

وقالَ **فَخْرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ** ۞ **في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»**: «وإنْ قَعَدَ مُعتكفًا؛ فإنَّ مشايخَنا اختلفُوا فيه، فقالَ بعضُهم: [عندَ أبي حَنيفَةَ][(١)]: يَضْمَنُ؛ لأنَّه [جلسَ][(٢)] لغيرِ الصَّلاةِ، وقالَ بعضُهم: لا يَضْمَنُ؛ لأنَّه مُتَقَرِّبٌ [به][(٢)]».

وقالَ **فَخْرُ الإسلامِ أيضًا** رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: «وإنْ كانَ الرَّجلُ الجالسُ رَجلًا مِنْ غيرِ العَشيرةِ، فقولُهما فيه: لا يُشْكِلُ؛ لأنَّه بمنزلةِ الرَّجلِ منَ العَشيرةِ، كما قالَ في بَسْطِ [٣/٤٢٩ظ] البَوَارِيِّ والحَصاةِ. وأمَّا في قولِ أبي حَنيفَةَ ۞: فيُحْتَمَلُ أنْ يَضْمَنَ بكلِّ حالٍ.

وقالَ [بعضُهم][(٣)]: بلْ هوَ عندَه في حقِّ الصَّلاةِ بمنزلةِ العَشيرةِ؛ لأنَّ المساجدَ أُعِدَّتْ لصلاةِ العامَّةِ منْ غيرِ خُصوصٍ، وإنَّما الخُصوصُ فيما يَرْجِعُ إلى الرَّأيِ والتَّدبيرِ، ولذلكَ لَمْ يَكُنْ لِغيرِهم حقُّ إقامةِ الجماعةِ؛ لأنَّه مِمَّا يَفْتَقِرُ للرَّأيِ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«ر».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(وَإِنْ جَلَسَ رَجُلٌ مِنْ غَيْرِ الْعَشِيرَةِ فِيهِ لِلصَّلَاةِ فَتَعَقَّلَ بِهِ إِنْسَانٌ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَضْمَنَ) لِأَنَّ الْمَسْجِدَ بُنِيَ لِلصَّلَاةِ وَأَمْرُ الصَّلَاةِ بِالْجَمَاعَةِ إِنْ كَانَ مُفَوَّضًا إِلَى أَهْلِ الْمَسْجِدِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ وَحْدَهُ.

والتَّدبيرِ، فأمَّا نفْسُ الصَّلاةِ: فَمُسْتَغْنٍ عنْ ذلكَ، بخلافِ تَعليقِ القَناديلِ، وبَسْطِ البَوَارِيِّ، والبِساطِ والحَصىٰ».

قالَ فَخْرُ الإسلام ﷺ: «وهذا القولُ أشبَهُ».

فصلٌ
في الحَائطِ المَائلِ

قالَ: وَإذَا مَالَ الحائطُ إلى طريقِ المُسلمينَ، وطُولبَ صاحبُهُ بنقضِه، وأشهَدَ عليْه، فلَمْ ينقُضْهُ في مُدَّةٍ يقدرُ علَى نقضِه حتَّى سقطَ؛ ضمنَ ما تلفَ بِهِ مِنْ نفسٍ أوْ مالٍ.

فَصْلٌ
فِي الحَائِطِ المَائِلِ

لمَّا ذَكَرَ أحكامَ القتلِ الَّذي يَحْصُلُ بمُباشرةِ الإنسانِ، أوْ تَسْبِيبِهِ: شَرَعَ في بيانِ القتلِ الَّذي يتعلَّقُ بالجَمادِ الَّذي لا اختيارَ له أصلًا، وهوَ الحائطُ المائلُ، وَذَكَرَ مَسَائِلَهُ بتَرجمةِ الفصلِ في أوَّلِها، لا بِلَفْظِ البابِ، إشارةٌ إلى أنَّ ما في هذا الفصلِ نوعٌ ممَّا يُحْدِثُهُ الرُّجلُ في الطَّريقِ، وقدَّمَ هذا الفصلَ على البابِ الَّذي يَلِيه، وإنْ كانَ ذلكَ البابُ يَتَعَلَّقُ بما له اختيارٌ، وهوَ الحيوانُ؛ تناسُبًا بينَ الحائطِ، وبينَ الكَنِيفِ، وَالجُرْصُنِ ونحوِها.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا مَالَ الْحَائِطُ إِلَى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، وَطُولِبَ صَاحِبُهُ بِنَقْضِهِ، وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَنْقُضْهُ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَى نَقْضِهِ حَتَّى سَقَطَ؛ ضَمِنَ مَا تَلِفَ بِهِ مِنْ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»[1].

قالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «وإذا مالَ حائطٌ منْ دارِ رَجلٍ على طريقٍ نافذٍ، أوْ دارِ رَجلٍ، فلمْ يُطَالَبْ بِنَقْضِهِ، ولَمْ يُشْهَدْ عليه فيه حتَّى سَقَطَ على رجلٍ فقتَلَه، أوْ على متاعٍ فَأَفْسَدَهُ، أو على حيوانٍ فَعَطِبَ به؛ فلَا ضَمَانَ على صاحبِ الحائطِ في شيءٍ من ذلكَ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٩٠].

وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَضْمَنَ لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ مِنْهُ مُبَاشَرَةً، وَالْمُبَاشَرَةُ شَرْطٌ هُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ، لِأَنَّ أَصْلَ الْبِنَاءِ كَانَ فِي مِلْكِهِ، وَالْمَيَلَانُ وَشَغْلُ الْهَوَاءِ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ فَصَارَ كَمَا قَبْلَ الْإِشْهَادِ.

غاية البيان

وإنْ تُقُدِّمَ إليه في هَدْمِهِ، وأُشْهِدَ عليه، ثُمَّ سَقَطَ في مُدَّةٍ قدْ أَمْكَنَهُ نَقْضُهُ فيها بعدَ الإشهادِ؛ فهوَ ضَامِنٌ، وإنْ كانَ لَمْ يُفَرِّطْ في نَقْضِهِ [٨/١٧٥و/م]، وذَهَبَ يَطلبُ مَن يَهْدِمُهُ، فكانَ في طلبِ ذلكَ حتَّىٰ اسْتَأْجَرَ مَن يَهْدِمُهُ، فسَقَطَ الحائطُ، فقَتَلَ إنسانًا، أوْ عَقَرَ دابَّةً، أوْ أفسدَ متاعًا؛ فلَا ضَمَانَ عليْه.

قالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: والإشهادُ أنْ يَقُولَ الرَّجلُ: اشهدُوا أنِّي قدْ تَقَدَّمْتُ إلىٰ هذا الرَّجلِ في هَدْمِ حائطِه هذا، فإذا فعَلَ؛ فقدْ لَزِمَهُ نقْضُه علىٰ حالِ الإمكانِ، فإنْ أخَّرَ ذلكَ وفَرَّطَ عمَّا وصفْتُ لكَ؛ ضَمِنَ ما جَنىٰ عليه الحائطُ، فإنْ كانَتْ جِنايتُه علىٰ إنسانٍ؛ فهوَ علىٰ العاقِلَةِ إذا كانَتْ نفْسًا، أوْ دونَها، إذا بلَغَ مِن دِيَةِ الرَّجلِ نِصف عُشْرِ دِيَتِهِ، إذا كانَ المَجْنِيُّ عليه رَجُلًا، وإنْ كانَ المَجْنِيُّ عليه امرأةً، فإذا بَلَغَ أَرْشُ جِنايَتِها [عُشْرَ دِيتِها][1]، وما [كانَ][2] أقلَّ منْ ذلكَ؛ فهوَ في مالِه، وما كانَ في غيرِ بني آدمَ؛ فهو في مالِه حالٌّ»[3]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ ﷺ.

وجملةُ ذلكَ: أنَّ مَن بَنىٰ حائطًا في مِلْكِهِ؛ فهوَ علىٰ وجهيْنِ: إمَّا أنْ بَنَاهُ مائلًا، أو غيرَ مائِلٍ، فإن بَنَاهُ مائلًا إلىٰ الطَّرِيقِ، أو إلىٰ مِلْكِ غيرِه؛ فهوَ ضَامِنٌ لِمَا تَلِفَ به، وإنْ لَمْ يُطَالَبْ بِنَقْضِهِ؛ لأنَّه تعدَّىٰ بالبِناءِ في مِلْكِ غيرِه، ألَا ترىٰ أنَّ هواءَ البُقعةِ في حُكْمِها[4].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٤/٤/ داماد].

(٤) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٢٥٣]، «فتاوىٰ النوازل» [ص/٣٦٠]، «المبسوط» [٩/٢٧]،=

....

غاية البيان

ولوْ بنىٰ في مِلْكِ غيرِه ؛ كانَ مُتعدِّيًا ، كذلكَ إذا بنىٰ في هواءِ مِلْكِ غيرِه ، وإذا ثبتَ [٣/١٣٠ظ] أنَّه مُتعدٍّ في ذلكَ ؛ ضمِنَ ما تولَّدَ منه ، كحَفْرِ البئرِ في الطَّريقِ ، وإنْ بَناهُ في مِلْكِه غيرَ مائلٍ إلىٰ الطَّريقِ ، أوْ إلىٰ مِلْكِ غيرِه ، فلا ضَمانَ عليه فيما تَلِفَ به قبلَ التَّقدُّمِ إليه بنَقْضِه ، أو الإشهادِ عليه.

وقالَ بعضُ أصحابِ الشَّافعِيِّ رحمه الله : عليه الضَّمانُ[١]. كذا في «**شرحِ الأقطعِ**» رحمه الله[٢].

لنا: أنَّ حقَّ الغيرِ حَصَلَ في يدِه مِنْ غيرِ فِعْلِه ، فلَا يَضْمَنُهُ قبْلَ المطالبةِ ، أصْلُه: الثَّوبُ إذا ألْقَتْهُ الرِّيحُ في دارِه ، ولأنَّها جِنايةٌ بِسَبَبٍ ، فاختلفَ فيها التَّعدِّي وغيرُ التَّعدِّي ، أصْلُه: حَفْرُ البئْرِ.

فإنْ قيلَ: ما وَجَبَ ضمانُه إذا تقدَّمَ عليه بإزالتِه وَجَبَ ، وإنْ لَمْ يَتَقَدَّمْ إليه ، كما لو بَنَىٰ الحائطَ مائلًا ؟

قِيلَ [له][٣]: هناكَ حَصَلَ حقُّ الغيرِ في يَدِهِ بِفِعْلِه ، فَضَمِنَهُ مِنْ غيرِ مُطالبةٍ ، وفي مسألتِنا حَصَلَ في يَدِهِ بغيرِ فِعْلِه ، فاختلفَ الضَّمانُ بالمُطالبةِ وعَدَمِها.

وأمَّا إذا تُقُدِّمَ إليه بِنَقْضِه ، وأَشهدَ عليه ، فلَمْ يَنْقُضْهُ معَ الإمكانِ حتَّىٰ تَلِفَ بسقُوطِه شيءٌ ؛ فَعَلَيْهِ الضَّمانُ.

= «تحفة الفقهاء» [٣/١٢٧ ، ١٢٨] ، «بدائع الصنائع» [٦/٣٤٨ ، ٣٤٩] ، «فتاوىٰ قاضي خان» [٣/٤٦٣] ، «تبيين الحقائق» [٦/١٤٧] ، «الجوهرة النيرة» [٢/١٧٩] ، «الفتاوىٰ الهندية» [٦/٤٣ ، ٤٤].

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١٢/٢٧٩] ، و«المهذب» للشيرازي [٣/٢٠٧].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢ق/١٧١].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«غ» ، و«فا٢» ، و«م» ، و«ر».

. . . .

غاية البيان

وقالَ أصحابُ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه: لَا ضَمَانَ عليه(١). كذا في «شرحِ الأَقْطَعِ» رحمه الله(٢).

وقالَ في «شرحِ الكافي»: «والقياسُ: ألَّا يَجِبَ عليه شيءٌ؛ لأنَّ شَرْطَ السُّقوطِ، وهوَ المَيلانُ والوَهْيُ، لَا صُنعَ له فيه، ولكنَّا نَسْتَحْسِنُ ونُوجِبُ الضَّمانَ؛ لأنه وُجِدَ منه [٨/١٧٥ظ/م] صُنْعٌ موصوفٌ بالتَّعدِّي، وهوَ تَرْكُ النَّقْضِ مع إمكانِ النَّقْضِ، وهذا لأنَّه لمَّا مالَ إلىٰ الطَّريقِ الأعظمِ؛ شَغَلَ هواءَ المسلمينَ فَوَقَعَ في يدِه هواءُ المسلمينَ بغيرِ صُنْعِهِ، إلَّا إنَّهم لَمَّا طَلَبُوه بالنَّقضِ وتَفْرِيغِ الهواءِ عنْ هذا الشَّغْلِ؛ لَزِمَهُ ذلكَ، كمَنْ وقعَ في يديه ثوبُ إنسانٍ، لا يَكُونُ مُتَعَدِّيًا في إمساكِ الثوبِ.

ولَكِنْ لوْ طُولِبَ بالرَّدِّ، فلَمْ يَرُدَّ؛ صارَ مُتَعَدِّيًا في إمساكِه بعدَ ذلكَ، كذلكَ هاهنا، فصارَ الامتناعُ عنِ التَّفْرِيغِ بمنزلةِ شغْلٍ مبتدأٍ باختيارِه، وهوَ مُتَعَدٍّ في ذلكَ، وهوَ شَرْطُ التَّلَفِ، فصارَ بمنزلةِ إشراعِ شيءٍ إلىٰ الطَّريقِ باختيارِه بِشَغْلِ هواءِ المسلمينَ، ولَا كفَّارةَ عليه؛ لأنَّه ليسَ بِمُباشرٍ فيما أصابَ الحائطُ».

فإنْ قِيلَ: ما ليسَ بسببٍ للضَّمانِ إذا لَمْ يُتَقَدَّمْ إليه بإزالتِه؛ وجَبَ ألَّا يَكُونَ سَبَبًا للضَّمانِ إذا تُقُدِّمَ إليه، أصْلُه: إذا حَفَرَ بئرًا في مِلْكِهِ، وإذا أشعَلَ النَّارَ في مِلْكِهِ، فَطَارَ الجَمْرُ إلىٰ مِلْكِ غيرِه.

قِيلَ [له](٣): إذا حَفَرَ في مِلْكِ نفسِه؛ لَمْ يَحْصُلْ حقُّ الغَيْرِ في يَدِهِ، فالمُطالبةُ لَا تأثيرَ لها، وفي مسألتِنا حقُّ الغَيرِ حَصَلَ في يَدِهِ؛ فالمُطالبةُ بإزالةِ اليَدِ مُؤَثِّرَةٌ فاختلفَا، وأمَّا إذا أطارتِ الرِّيحُ بالجَمْرِ إلىٰ مِلْكِ غيرِه، فطالبَه بِأَخْذِ الجَمْرِ ونَقْلِه، فلَمْ يَنْقلْ معَ الإمكانِ؛ ضَمِنَ ما تَلِفَ به، فهوَ مثلُ مسألتِنا(٤). كذا في «شرحِ الأَقْطَعِ».

---

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٢٧٩/١٢]، و«المهذب» للشيرازي [٢٠٧/٣].
(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢ق/١٧١].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢ق/١٧١].

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْحَائِطَ لَمَّا مَالَ إِلَىٰ الطَّرِيقِ فَقَدْ اشْتَمَلَ هَوَاءَ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ بِمِلْكِهِ وَرَفْعُهُ فِي يَدِهِ، **فَإِذَا تُقُدِّمَ إِلَيْهِ** وَطُولِبَ بِتَفْرِيغِهِ يَجِبُ عَلَيْهِ فَإِذَا امْتَنَعَ صَارَ مُتَعَدِّيًا بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ وَقَعَ ثَوْبُ إِنْسَانٍ فِي حِجْرِهِ يَصِيرُ مُتَعَدِّيًا بِالِامْتِنَاعِ عَنْ التَّسْلِيمِ إِذَا طُولِبَ بِهِ كَذَا هَذَا، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الْإِشْهَادِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ هَلَاكِ الثَّوْبِ قَبْلَ الطَّلَبِ، وَلِأَنَّا لَوْ لَمْ نُوجِبْ عَلَيْهِ الضَّمَانَ يَمْتَنِعُ عَنْ التَّفْرِيغِ فَيَنْقَطِعُ الْمَارَّةُ حَذَرًا عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ فَيَتَضَرَّرُونَ بِهِ، وَدَفْعُ الضَّرَرِ الْعَامِّ مِنْ الْوَاجِبِ وَلَهُ تَعَلُّقٌ بِالْحَائِطِ فَيَتَعَيَّنُ لِدَفْعِ هَذَا الضَّرَرِ، **وَكَمْ مِنْ ضَرَرٍ خَاصٍّ يُتَحَمَّلُ لِدَفْعِ الْعَامِّ مِنْهُ**، ثُمَّ فِيمَا تَلِفَ بِهِ مِنْ النُّفُوسِ تَجِبُ الدِّيَةُ **وَيَتَحَمَّلُهَا الْعَاقِلَةُ**، لِأَنَّهُ فِي كَوْنِهِ جِنَايَةً دُونَ الْخَطَأِ فَيَسْتَحِقُّ فِيهِ التَّخْفِيفُ بِالطَّرِيقِ الْأُولَىٰ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَىٰ اسْتِئْصَالِهِ وَالْإِجْحَافِ بِهِ، وَمَا تَلِفَ بِهِ مِنْ الْأَمْوَالِ كَالدَّوَابِّ وَالْعُرُوضِ يَجِبُ ضَمَانُهَا فِي مَالِهِ، لِأَنَّ الْعَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ الْمَالَ **وَالشَّرْطُ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ، وَطَلَبُ النَّقْضِ مِنْهُ دُونَ الْإِشْهَادِ**، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْإِشْهَادَ لِيَتَمَكَّنَ مِنْ إِثْبَاتِهِ عِنْدَ إِنْكَارِهِ فَكَانَ مِنْ بَابِ الِاحْتِيَاطِ.

غاية البيان

قولُه: (فَإِذَا تُقُدِّمَ إِلَيْهِ)، علىٰ صيغةِ المبْنِيِّ للمفعولِ مِن ماضي التَّقدُّمِ.

قولُه: (وَكَمْ مِنْ ضَرَرٍ خَاصٍّ يُتَحَمَّلُ لِدَفْعِ الْعَامِّ مِنْهُ)، أي: منَ الضَّرَرِ كما في الرَّمْيِ إلىٰ الكفَّارِ، وإنْ تَتَرَّسوا بأُسارَىٰ المسلمينَ، وَكَقَطْعِ العُضوِ لِلأَكَلَةِ عندَ خوفِ هلاكِ النَّفْسِ.

[٤٣٠/٣ظ] **قولُه: (وَيَتَحَمَّلُهَا الْعَاقِلَةُ)**، أي: يَتَحَمَّلُونَ الدِّيَةَ، وإنَّما تَحَمَّلَتِ العاقِلَةُ جِنايةَ الخَطَأِ؛ لأنَّها دونَ الخطأِ، فكانَتْ أَوْلَىٰ بالتَّحمُّل، بخلافِ ما كانَ في غيرِ بني آدمَ، فهوَ في مالِه، ولأنَّ ضَمانَ الأموالِ لَا يَتَحَمَّلُه العاقِلَةُ.

قولُه: (وَالشَّرْطُ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ، وَطَلَبُ النَّقْضِ مِنْهُ دُونَ الْإِشْهَادِ).

وَصُورَةُ الْإِشْهَادِ [٢٦١/ظ] أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ: اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ تَقَدَّمْت إلَىٰ هَذَا الرَّجُلِ فِي هَدْمِ حَائِطِهِ هَذَا، وَلَا يَصِحُّ الْإِشْهَادُ قَبْلَ أَنْ يَهِيَ الْحَائِطُ لِانْعِدَامِ التَّعَدِّي.

قَالَ: (وَلَوْ بَنَىٰ الْحَائِطَ مَائِلًا فِي الِابْتِدَاءِ قَالُوا: يَضْمَنُ مَا تَلِفَ بِسُقُوطِهِ مِنْ غَيْرِ إشْهَادٍ) لِأَنَّ الْبِنَاءَ تَعَدٍّ ابْتِدَاءً كَمَا فِي إشْرَاعِ الْجَنَاحِ.

غاية البيان

قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في شرحِه لـ«مختصرِ الْكَرْخِيِّ»: «والمعتبرُ عندَنا[1] المطالبةُ بالهَدْمِ، وإنَّما يَحتَاجُ إلىٰ الإشهادِ لتَثْبُتَ المطالبةُ، وهذا كما نَقُولُ في الشُّفْعَةِ: إنَّ المُعتبرَ المطالبةُ، وإنَّما يُشْهَدُ لتَثْبُتَ المُطالبةُ بالشَّهادةِ، فلو [١٧٦/٨و/م] اعترَفَ صاحبُ الحائطِ أنَّه طُولِبَ؛ وجَبَ عليه الضَّمانُ، وإنْ لَمْ يُشْهَدْ عليه، ولوْ لمْ يَعْتَرِفْ بعْدَ المُطالبةِ؛ لَزِمَهُ ما جنَىٰ الحائطُ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالىٰ»[2]. وقدْ ذَكَرْنا صورةَ الإشهادِ قبْلَ هذا عنْ «مختصرِ الْكَرْخِيِّ» رحمه الله.

قالَ في «شرحِ الْأَقْطَعِ»: «قالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: إنَّ العاقِلَةَ لَا تَضْمنُ حتَّىٰ يَشْهَدَ الشُّهودُ علىٰ ثلاثةِ أشياءَ: علىٰ التَّقدُّمِ إليه في النَّقضِ، وعلىٰ أنَّه ماتَ مِنْ سُقوطِه عليه، وعلىٰ أنَّ الدَّارَ له؛ لأنَّ كَوْنَ الدَّارِ في يدِه ظاهرٌ في المِلْكِ، والظَّاهرُ لَا يُسْتَحقُّ به حقٌّ علىٰ الغَيرِ، وسُقوطُه عليه بعدَ التَّقدُّمِ إليه بِنَقْضِه سببٌ للضَّمانِ، فلَا بُدَّ مِنْ ثُبوتِه»[3].

وقالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «فإذا أنكرتِ العاقِلَةُ واحدًا مِنْ هذه الأشياءِ؛ فلَا ضَمانَ عليهم حتَّىٰ يَشْهَدَ الشُّهودُ بذلكَ، ولوْ أَقَرَّ صاحبُ الدَّارِ بهذه الثَّلاثةِ؛

(١) وقع في الأصل: «عند». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ». و«م».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٤/ داماد].
(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢ق/١٧٢].

وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عَلَىٰ التَّقَدُّمِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ لَيْسَتْ بِشَهادَةٍ عَلَىٰ الْقَتْلِ، وَشَرْطُ التَّرْكِ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَىٰ نَقْضِهِ فِيهَا لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ إمْكَانِ النَّقْضِ لِيَصِيرَ بِتَرْكِهِ جَانِيًا.

وَيَسْتَوِي أَنْ يُطَالِبَهُ بِنَقْضِهِ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ، لِأَنَّ النَّاسَ كُلَّهُمْ شُرَكَاءُ فِي

غاية البيان

لَزِمَهُ في مالِه، ولا يَجِبُ على العاقِلَةِ»[1].

قولُه: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عَلَىٰ التَّقَدُّمِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ لَيْسَتْ بِشَهادَةٍ عَلَىٰ الْقَتْلِ)، يَعْنِي: لَوْ كَانَتْ شهادةً على نَفْسِ القَتلِ؛ لَمْ تُقْبَلْ شهادةُ النِّساءِ لِشُبْهَةِ البَدَلِيَّةِ، لكنَّها ليسَتْ بشهادةٍ عليه، بلْ هيَ شهادةٌ على مَيَلانِ الحائطِ، فتُقْبَلُ شهادةُ رَجُلٍ وامرأتيْنِ.

قولُه: (وَشَرْطُ تَرْكِ النَّقْضِ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَىٰ [نَقْضِهِ فِيهَا][2])، أي: شَرْطُ الْقُدُورِيِّ ﵀ تَرْكُ النَّقْضِ لوُجوبِ الضَّمانِ في مُدَّةٍ يَقْدِرُ على نَقْضِهِ فيها؛ [لأنَّه قالَ: «وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَنْقُضْهُ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَىٰ نَقْضِهِ»][3]، وذلكَ [لأنَّه][4] رُبَّما لَا يَتَمَكَّنُ مِنَ النَّقْضِ، إمَّا لِجَهْلِهِ بذلكَ، أو لِعَدَمِ الآلَةِ، فلَا بُدَّ منْ زمانٍ يَقْدِرُ فيه على النَّقْضِ حتَّى يَكُونَ بِتَرْكِهِ بعدَ ذلكَ مُتَعَدِّيًا.

قولُه: (وَيَسْتَوِي أَنْ يُطَالِبَهُ بِنَقْضِهِ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ)، وهذا لفظُ الْقُدُورِيِّ ﵀ في «مختصرِه»[5]، وذلكَ لأنَّ الطَّرِيقَ حقٌّ لجميعِ أهلِ دارِ الإسلامِ، فكلُّ مَنْ له المُرور في الطَّريقِ فله المُطالبةُ بِنَقْضِهِ، وأهلُ الذِّمَّةِ منْ أهلِ دارِ الإسلامِ، فإذا

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيُّ [ق/٣٨٠].
(٢) وقع في الأصل: «نقضها فيه». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«م».
(٥) «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٩٠].

الْمُرُورِ فَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً حُرًّا كَانَ أَوْ مُكَاتَبًا، وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ عِنْدَ السُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ مُطَالَبَةٌ بِالتَّفْرِيغِ فَيَتَفَرَّدُ كُلُّ صَاحِبِ حَقٍّ بِهِ.

غاية البيان

طالبَ الذِّمِّيُّ بذلكَ فقدْ طالَبَ بما له فيه حقٌّ، فَصَحَّتْ مُطَالَبَتُهُ، وكذلكَ لوْ طالبَتْ به امرأةٌ، أوْ صَبِيٌّ، أوْ غَرِيبٌ منْ بلدٍ آخرَ؛ لأنَّ جميعَ هؤلاءِ لهم المُرورُ في الطَّريقِ، فَصَحَّتْ مُطالبتُهم لِثُبوتِ حقِّهم[1]. كذا في «شرحِ الأَقْطعِ».

وقالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ» رحمه الله تعالى: «إذا مالَ الحائطُ إلىٰ الطَّريقِ العامِّ، فإنَّ الخُصومةَ فيه إلىٰ واحدٍ منَ النَّاسِ مُسْلمًا كانَ أوْ ذِمِّيًّا، بعدَ أنْ يكُونَ حُرًّا بَالغًا عَاقلًا، أوْ كانَ صغيرًا أَذِنَ [٨/١٧٦ظ/م] له وَلِيُّه في الخُصومةِ، أوْ كانَ عبدًا أَذِنَ له مولاه في الخُصومةِ، وإذا تُقُدِّمَ إلىٰ صاحبِ الحائطِ، بأنَّ حائِطَك [٣/٤٣١و] مالَ فَارْفَعْهُ؛ كَفَاهُ ذلكَ، ولوْ مالَ الحائطُ إلىٰ سِكَّةٍ غيرِ نافذةٍ؛ فالخُصومةُ لواحدٍ مِنْ أهلِ السِّكَّةِ، ولوْ مَالَ إلىٰ دارِ جَارِهِ؛ فالخُصومةُ إلىٰ صاحبِ تِلكَ الدَّارِ إنْ كانَ [هوَ][2] فيها، وإنْ كانَ مُسْتأجرًا، أو مُستعيرًا؛ فالإشهادُ إلىٰ السَّاكنِ لَا إلىٰ غيرِه»[3]. كذا في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ» رحمه الله.

قولُه: (وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ عِنْدَ السُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ).

قالَ الحاكمُ الشَّهيدُ رحمه الله في «الكافي»: «لوْ شَهِدَ عليه في حائِطِهِ شاهدانِ، أو رَجُلٌ وامرأةٌ عِندَ السُّلطانِ، أوْ عِندَ غيرِ السُّلطانِ، فلَمْ يَأْخُذْ في نَقْضِهِ عندَ ذلكَ؛ فهوَ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَ»[4].

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢ق/١٧١].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيُّ [ق/١٨١].

(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٢٣].

قَالَ: فَإِنْ مَالَ إِلَىٰ دَارِ رَجُلٍ؛ فَالْمُطَالَبَةُ إِلَىٰ مَالِكِ الدَّارِ خَاصَّةً؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ عَلَىٰ الْخُصُوصِ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا سُكَّانٌ لَهُمْ أَنْ يُطَالِبُوهُ لِأَنَّ لَهُمْ الْمُطَالَبَةَ بِإِزَالَةِ مَا شَغَلَ الدَّارَ فَكَذَا بِإِزَالَةِ مَا شَغَلَ هَوَاءَهَا، وَلَوْ أَجَّلَهُ صَاحِبُ الدَّارِ أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْهَا أَوْ فَعَلَ ذَلِكَ سَاكِنُوهَا فَذَلِكَ جَائِزٌ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا تَلِفَ بِالْحَائِطِ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَالَ إِلَىٰ الطَّرِيقِ فَأَجَّلَهُ الْقَاضِي أَوْ مَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ حَيْثُ لَا يَصِحُّ، لِأَنَّ الْحَقَّ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَلَيْسَ إِلَيْهِمَا إِبْطَالُ حَقِّهِمْ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ مَالَ إِلَىٰ دَارِ رَجُلٍ؛ فَالْمُطَالَبَةُ إِلَىٰ مَالِكِ الدَّارِ خَاصَّةً)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[1]، وذلكَ لأنَّه حقٌّ يَخْتَصُّ به مالكُ الدَّارِ، فكانَتِ المُطالَبَةُ إليه خاصَّةً، وإنْ كانَ فيها سُكَّانٌ، فالمُطالبةُ إليهم، وذلكَ كالمُسْتأجِرِ والمُسْتعيرِ؛ لأنَّ لهم حَقَّ المُطالبةِ بِإزالةِ ما شَغَلَ [الدَّارِ، فكذا لهمُ المُطالبةُ بإزالةِ ما شَغَلَ][2] هواءَها.

قالَ الشَّيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ رحمه الله: «وإذا مَالَ إلىٰ الطَّريقِ فَأشهَدَ رجلٌ عليه، ثُمَّ اسْتَأْجَرَ الَّذي أَشهدَ عليه أنْ يُؤَخِّرَهُ[3]، أو اسْتَأْجَلَ الحاكِمَ فَأَجَّلَهُ؛ فالتَّأجيلُ باطِلٌ لَا يَبْرَأُ مِنْ شيءٍ، وهوَ علىٰ حالِه الأُولىٰ، وإنْ كانَ المَيَلانُ إلىٰ دارِ رَجُلٍ، فَأَجَّلَهُ صاحبُ الدَّارِ، أوْ أبرَأَه منه، أوْ فعَلَ ذلكَ ساكنُ الدَّارِ؛ فذلكَ جائزٌ، ولَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فيما جَنَىٰ الحائطُ»[4]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ رحمه الله.

والفرقُ بينهما: أنَّ الحائطَ إذا مالَ إلىٰ الطَّريقِ، فالحقُّ لِجماعةِ المسلمينَ، فإذا طَالَبَ أحدُهم تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بالحائطِ لِحَقِّ الجماعةِ، فإذا أَجَّلَهُ أحدُهم أوْ أَجَّلَهُ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٩٠].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٣) وقع في الأصل: «يؤاجره». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٤].

وَلَوْ بَاعَ الدَّارَ بَعْدَمَا أُشْهِدَ عَلَيْهِ، وَقَبَضَهَا الْمُشْتَرِي؛ بَرِئَ مِنْ ضَمَانِهِ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ بِتَرْكِ الْهَدْمِ مَعَ تَمَكُّنِهِ وَقَدْ زَالَ تَمَكُّنُهُ بِالْبَيْعِ، بِخِلَافِ إِشْرَاعِ الْجَنَاحِ

غاية البيان

الحاكمُ؛ فقد أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ وحقَّ غيرِه، وذلكَ لَا يَجُوزُ.

وأمَّا صاحبُ الدَّارِ: فالحقُّ له، وكذلكَ السَّاكنُ، فإذا أَجَّلَ، أَوْ أَبْرَأَ؛ فقد أَسْقَطَ حقَّ نفسِه، فلذلِكَ جَازَ.

وقالَ الْكَرْخِيُّ ﵀ أيضًا: «وكذلكَ لوْ أنَّ رَجلًا وَضَعَ في دارِ رَجلٍ حَجَرًا، أوْ حَفَرَ فيها بئرًا، أوْ بَنَىٰ فيها بِناءً، وَأَبْرَأَهُ صاحبُ الدَّارِ منه؛ [كان بَرِيئًا][1]، ولا يَلْزَمُه ما عَطِبَ بشيءٍ مِنْ ذلكَ، كانَ صاحبُ الدَّارِ، أوْ داخلٌ عليه، وكأنَّ[2] صاحبَ الدَّارِ فعَلَ ذلكَ، وهذا لأنَّ الضَّمانَ إنَّما يَجِبُ لِحَقِّ صاحبِ [٨/١٧٧و/م] الدَّارِ، فإذا أَبْرَأَهُ؛ فقدْ أَسْقَطَ حقَّ نفسِه، فصارَ كأنَّ هذا الفِعلَ وَقَعَ بإذْنِه ابتداءً»[3].

قولُه: (وَلَوْ بَاعَ الدَّارَ بَعْدَمَا أُشْهِدَ عَلَيْهِ، وَقَبَضَهَا الْمُشْتَرِي؛ بَرِئَ مِنْ ضَمَانِهِ)، ذكَرَها تفريعًا، ولا يَتفاوَتُ الحُكْمُ إذا سَقَطَ الحائطُ بعدما قَبَضَه المُشتري، أوْ بعدَما مَلَكَهُ، وبه صرَّحَ الْكَرْخِيُّ في «مختصرِه»، وذلكَ لأنَّه لمَّا باعَ؛ فقدْ صارَ بحالٍ لا يَمْلِكُ فيها النَّقْضَ، والضَّمانُ إنَّما يَجِبُ عليه بِتَرْكِ النَّقْضِ، فإذا لم يتَمَكَّنْ منه؛ لَمْ يَضْمَنْ، وليسَ هذا كَمَنْ أَشْرَعَ جَناحًا إلىٰ الطَّريقِ، ثُمَّ باعَ الدَّارَ، وباعَ الجَناحَ، فوقَعَ علىٰ إنسانٍ؛ ضَمِنَ البائعُ؛ لأنَّ نَفْسَ الوَضعِ جِنايَةٌ، فزوالُ مِلْكِه عنه لا يُغَيِّر حالَه، وليسَ كذلكَ في مسألتِنا؛ لأنَّ بناءَ الحائطِ لم يَكُنْ جنايةً، وإنَّما الجِنايةُ تَرْكُ النَّقْضِ، وإذا صارَ بحيثُ لا يَمْلِكُ النقضَ في حالِ الوقوعِ؛ خرَجَ فِعْلُه مِنْ أَنْ يَكُونَ جِنايةً.

---

(١) وقع في الأصل: «برئ». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٢) وقع في الأصل: «وإن كان». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٤].

لِأَنَّهُ كَانَ جَانِيًا بِالْوَضْعِ وَلَمْ يَنْفَسِخْ بِالْبَيْعِ فَلَا يَبْرَأُ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا.

ولا ضمان علىٰ المشتري؛ لأنه لم يشهد عليه، ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لِتَرْكِهِ التَّفْرِيغَ مَعَ تَمَكُّنِهِ بَعْدَمَا طُولِبَ بِهِ، وَالْأَصْلُ أَنَّهُ يَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَىٰ كُلِّ مَنْ يَتَمَكَّنُ مِنْ نَقْضِ الْحَائِطِ وَتَفْرِيغِ الْهَوَاءِ، وَمَنْ لَا يَتَمَكَّنُ مِنْهُ لَا يَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ كَالْمُرْتَهِنِ وَالْمُسْتَأْجِرِ وَالْمُودَعِ وَسَاكِنِ الدَّارِ، وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَىٰ الرَّاهِنِ لِقُدْرَتِهِ عَلَىٰ ذَلِكَ بِوَاسِطَةِ الْفِكَاكِ وَإِلَىٰ الْوَصِيِّ [٢٦٢/و] ....

غاية البيان

قالَ الْكَرْخِيُّ ﵀ في «مختصرِه»: «وكذلكَ كلُّ مَنْ أُشْهِدَ عليه ممَّنْ لَا يَجُوزُ نَقْضُه؛ فإنَّه لَا يَضْمَنُ، وإنْ كانَتِ الدارُ في يدِه مثلَ المُرتهنِ يُشْهَدُ عليه، أوِ المُسْتأجرِ أوِ المُستعيرِ [٤٣١/٣ظ] أوِ المُودَعِ، وذلكَ لأنَّهم لَا يَمْلِكُونَ النَّقْضَ، فلَا تَصِحُّ مُطالبتُهم به».

قالَ: «فإنْ أُشْهِدَ علىٰ المالكِ صحَّ ذلكَ، ويَصِحُّ علىٰ الرَّاهنِ؛ لأنَّه يَقْدِرُ علىٰ قضاءِ الدَّيْنِ، وهَدْمِ الحائطِ، فصارَ مُفرِّطًا بالتَّركِ».

وقالَ الْكَرْخِيُّ ﵀ أيضًا: «وإذا أُشْهِدَ علىٰ الوصِيِّ، أوِ الأبِ في هَدْمِ حائطٍ لصغيرٍ في حَجرِهما؛ لَزِمَهُ النَّقْضُ، فإنْ لَمْ ينْقُضْ حتَّىٰ سَقَطَ فما لَحِقَ مِن جِنايةٍ فهيَ لازمةٌ للصَّبيِّ، فما كانَ ممَّا يَلْزَمُ في مالِ البالغِ؛ فهوَ في مالِ الصَّغيرِ، وما كانَ علىٰ العاقِلَةِ؛ فهوَ علىٰ العاقِلَةِ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ ﵀. وذلكَ لأنَّ الوليَّ يَمْلكُ النَّقْضَ، فالإشهادُ عليه كالإشهادِ علىٰ المالكِ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا)، إشارةٌ إلىٰ ما ذَكَرَ في بابِ ما يُحْدِثُهُ الرَّجلُ في الطَّريقِ بقولِه: (وَلَوْ أَشْرَعَ جَنَاحًا إِلَىٰ الطَّرِيقِ، ثُمَّ بَاعَ الدَّارَ، فَأَصَابَ الْجَنَاحُ رَجُلًا؛ فَالضَّمَانُ عَلَىٰ الْبَائِعِ).

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٤].

وَإِلَىٰ أَبِي الْيَتِيمِ أَوْ أُمِّهِ فِي حَائِطِ الصَّبِيِّ لِقِيَامِ الْوِلَايَةِ، وَذَكَرَ الْأُمَّ فِي: «الزِّيَادَاتِ» وَالضَّمَانُ فِي مَالِ الْيَتِيمِ لِأَنَّ فِعْلَ هَؤُلَاءِ كَفِعْلِهِ، وَإِلَىٰ الْمُكَاتَبِ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لَهُ،

غاية البيان

قولُه: (وَإِلَىٰ أَبِي الْيَتِيمِ)، أي: إلىٰ أَبي الصَّبيِّ؛ لأنَّه لا يُتْمَ مع وجودِ الأبِ.

قولُه: (وَذَكَرَ الْأُمَّ فِي «الزِّيَادَاتِ»)، يَعْنِي: إذا تقدَّمَ إلىٰ أُمِّ الصَّبيِّ في حائطٍ مائلٍ لصغيرٍ؛ لَزِمَ الضَّمانُ، وفيه نَظَرٌ؛ لأنَّهُ لم يَذكُرْ في «الزِّياداتِ» الأُمَّ، بلْ ذَكَرَ الأبَ والوصيَّ كما في «الأصلِ».

وقالَ في «الزِّياداتِ»: «حائطٌ لِصَبِيٍّ شُهِدَ علىٰ أبيه، أوْ علىٰ وَصِيِّه؛ فالضَّمانُ علىٰ عاقِلَةِ الوَصِيِّ، فإنْ لَمْ يسْقُطْ حتَّىٰ كَبِرَ [٨/١٧٧ظ/م]، أو ماتَ مَن أُشْهِدَ عليه؛ لم يَكُنْ فيه ضَمانٌ حتَّىٰ يُسْتأنَفَ الإشهادُ، وإنْ أُشْهِدَ علىٰ صحيحٍ في حائطٍ، ثُمَّ جُنَّ، أو ارْتَدَّ ولَحِقَ بدارِ الحربِ؛ بَطَلَ الإشهادُ». إلىٰ هنا لفظُ «زيادات مُحَمَّدٍ» بروايةِ الزَّعْفَرانيِّ عنه ﷺ.

قولُه: (وَإِلَىٰ الْمُكَاتَبِ)، أي: يَصِحُّ التَّقدُّمُ إلىٰ المُكَاتَبِ في حائطٍ له مائلٍ.

بيانُه: فيما قالَ فخرُ الإسلامِ ﷺ في «شرحِ الزِّياداتِ»: «مُكاتَبٌ له حائطٌ مائلٌ إلىٰ الطَّريقِ الأعظمِ، فَأَشْهَدَ عليه، ثُمَّ سَقَط فَأَتْلَفَ إنسانًا؛ فعلىٰ المُكاتَبِ الأقلُّ من قِيمَتِهِ ومِن دِيَةِ المَقْتُولِ، فإنْ أدَّىٰ المُكاتَبُ فَعَتَقَ، ثُمَّ سَقَطَ فَأَتْلَفَ إنسانًا؛ ففيه دِيَةُ القَتيلِ علىٰ عاقِلَةِ مَولاه، بخلافِ ما إذا أخرجَ جَناحًا، أوْ كَنِيفًا، ثُمَّ عَتَقَ، ثُمَّ وَقَعَ وَقَتَلَ[1] إنسانًا؛ كان عليه الأقلُّ من قِيمتِه ومن الدِّيَةِ.

والفرقُ ما قلْنا: إنَّ جِنايةَ الحائطِ كالمُبتدأِ في كلِّ وَقْتٍ، فكأنَّه قتلَ بعدَ الحُرِّيَةِ قَتيلًا ابْتِدَاءً، فأمَّا إخراجُ الجَناحِ والكَنِيفِ: فجنايةٌ واقعةٌ، فلَمْ يُجْعَلْ مُبْتدأً بعدَ العِتقِ، بلْ كانَ مُضافًا إلىٰ حالِ الرِّقِّ».

---

(١) وقع في الأصل: «فأتلف». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَإِلَى الْعَبْدِ التَّاجِرِ سَوَاءٌ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ لِأَنَّ وِلَايَةَ النَّقْضِ لَهُ، ثُمَّ التَّلَفُ بِالسُّقُوطِ إنْ كَانَ مَا لَا فَهُوَ فِي عِتْقِ الْعَبْدِ، وَإِنْ كَانَ نَفْسًا فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الْمَوْلَى لِأَنَّ الْإِشْهَادَ مِنْ وَجْهٍ عَلَى الْمَوْلَى وَضَمَانُ الْمَالِ أَلْيَقُ بِالْعَبْدِ وَضَمَانُ

غاية البيان

قالَ: «وإذا عَجَزَ المُكاتَبُ، ثُمَّ سقطَ الحائطُ المائلُ، فَأَتْلَفَ إنسانًا؛ فَدَمُه هَدَرٌ؛ لأنَّه لمَّا كانَ كالمُسْتَأنفِ في كلِّ وَقْتٍ؛ كانَ مِن شَرْطِه دوامُ القُدْرةِ، وقدْ بَطَلَ ولا شيءَ على المَولى؛ لِعَدَمِ الإشهادِ عليه.

فأمَّا في الجَناحِ والكَنيفِ: فإنَّه يَجِبُ على المَولى أنْ يَدْفعَه، أوْ يَفْديَه؛ لأنَّه اسْتَنَدَ إليه، فكأنَّه جَنى في حالِ رِقِّهِ، فصارَ كأنَّه حَفَرَ بِئرًا، ثُمَّ عَجَزَ، ثُمَّ وَقعَ فيها إنسانٌ فَعَطِبَ بها».

قالَ في «الزِّياداتِ»: «حائطٌ لمُكاتَبٍ أُشْهِدَ عليه فيه، والإشهادُ على ذلكَ أنْ يُقَالَ له: حائطُك مائلٌ، أو مَخُوفٌ فاهْدِمْهُ، فإنْ لَمْ يَفعلْ حتَّى وَقَعَ فَقَتَلَ إنسانًا؛ فعَلى المُكاتَبِ قيمَتُه، وإنْ وَقَعَ بعدما عَتَقَ فقتلَ إنسانًا؛ فالدِّيةُ على عاقِلَةِ المُكاتَبِ، وإنْ وقعَ بعدما عَجَزَ؛ فليسَ عليه، ولَا على المَولى شيءٌ». إلى هنا لفظُ مُحَمَّدٍ في «الزِّياداتِ» بروايةِ الزَّعفرانيِّ رضيَ اللهُ تعالى عنهما.

قولُه: (**وَإِلَى الْعَبْدِ التَّاجِرِ**)، أي: يَصِحُّ التَّقدُّمُ إلى العبدِ التَّاجرِ في حائطِه المائلِ.

قالَ الحاكمُ الشَّهيدُ ﵀ في «الكافي»: «وإذا تُقُدِّمَ إلى العَبدِ التَّاجرِ في حائطِه، فأصابَ إنسانًا وعليه دَيْنٌ، أوْ لا دَيْنَ عليه؛ فهوَ على عاقِلَةِ مولاه، وإذا أصابَ متاعًا؛ ففي عُنُقِ العَبْدِ»[1].

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﵀ في «شرحِ الكافي»: والقياسُ

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٢٣].

النَّفسِ بِالْمَوْلَىٰ، وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَىٰ أَحَدِ الْوَرَثَةِ فِي نَصِيبِهِ وَإِنْ كَانَ لَا يَتَمَكَّنُ

غاية البيان

في المسألةِ الأُولىٰ: أَنْ يَكُونَ علىٰ المَولىٰ؛ لأنَّ الإشهادَ وُجِدَ علىٰ العَبدِ وصحَّ؛ لأنَّ له وِلايةَ التَّفريغِ، فصارَ كَجنايَتِه بِيَدِهِ، ولوْ [١٧٨/٨و/م] كانَ كذلكَ يَجِبُ علىٰ مولاه أن يَفْدِيَ، أو يدفعَ كذلك هذا، ولهذا يَجِبُ ضمانُ المتاعِ في عُنُقه [٤٣٢/٣ر]؛ لأنَّ الإشهادَ وقعَ عليه، فيَكُونُ المُوجَبُ عليه كأنَّه جَنَاهُ بِيَدِهِ.

وجهُ الاستحسانِ: وهوَ وجوبُ الدِّيَةِ علىٰ العاقِلَةِ أنَّ الإشهادَ منْ وجهٍ، كأنَّه علىٰ المولىٰ؛ لأنَّ الحائطَ مَملوكُ المَولىٰ، والعبدُ مُتَصرِّفٌ للمَولىٰ، كأنَّه وكيلُ المَولىٰ، فعلىٰ هذا تَجِبُ الدِّيةُ علىٰ عاقِلَةِ المَولىٰ، كأنَّ الجانيَ هوَ المَولىٰ، ومِنْ وجهِ الإشهادُ عليه؛ لأنَّ العبدَ مالكٌ مِن وجهٍ تَصَرُّفًا ويَدًا، ولكنْ عندَ التَّرَدُّدِ اعتبارُ جانبِ المَولىٰ أَولىٰ في الدِّماءِ؛ لأنَّ ذِمَّةَ العَبدِ غيرُ قابلةٍ لمُوجَبِ جِنايةِ الدَّمِ؛ لأنَّه يُشْبِهُ الصِّلاتِ، والعبدُ ليسَ بأهلٍ لذلكَ، وذِمَّةُ المَولىٰ قابلةٌ، فكانَ اعتبارُ الإشهادِ أَولىٰ علىٰ المَولىٰ، وفي الأموالِ أَمكنَ اعتبارُ الإشهادِ علىٰ العَبدِ، كما[1] أَمكَنَ اعتبارُ الإشهادِ علىٰ المَولىٰ، ومالكيَّةُ العَبدِ أظهرُ، فكانَ اعتبارُ الإشهادِ علىٰ العَبدِ أَولىٰ».

قولُه: (وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَىٰ أَحَدِ الْوَرَثَةِ فِي نَصِيبِهِ). ذكَرَه علىٰ سبيلِ التَّفريعِ أيضًا.

قالَ الْكَرْخِيُّ ﵀ في «مختصرِه»: «وإنْ كانَتْ دارٌ بينَ وَرَثَةٍ، فَأُشْهِدَ علىٰ بعضِهم، ولَمْ يُشْهَدْ علىٰ جماعتِهم، فَسَقَطَ الحائطُ، فلا ضَمانَ علىٰ الَّذي أُشْهِدَ عليه في القياسِ.

قالَ مُحَمَّدٌ ﵀: ولكنَّا نَسْتَحْسِنُ، فنُلْزِمُه بِقِسْطِ ما يَمْلكُ منه، وكذا الحائطُ

(١) وقع في الأصل: «كما أن». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

مِنْ نَقْضِ الْحَائِطِ وَحْدَهُ لِتَمَكُّنِهِ مِنْ إِصْلَاحِ نَصِيبِهِ بِطَرِيقِهِ وَهُوَ الْمُرَافَعَةُ إِلَى الْقَاضِي.

غاية البيان

يَكُونُ بينَ شُرَكَاءَ[١]، ولَيسوا بِوَرَثَةٍ»[٢]. إلى هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله.

وإنَّما لَمْ يَجِبِ الضَّمانُ على أحدٍ منهم في القياسِ؛ لأنَّ الَّذي أُشْهِدَ عليه لَا يَتَمَكَّنُ مِنَ النَّقضِ وَحْدَه، فلَمْ يَكُنْ مُتَعَدِّيًا بتَرْكِ النَّقْضِ، وغَيرُه لَمْ[٣] يُشْهَدْ عليه، فلَمْ يَكُنْ أَحَدٌ منهم مُفَرِّطًا بِتَرْكِ النَّقْضِ، فلَمْ يَجِبِ الضَّمانُ.

وفي الاستسحانِ: يَجِبُ الضَّمانُ على الَّذي أُشْهِدَ عليه خاصَّةً في نصيبِه؛ لأنَّه كانَ بِسَبِيلٍ منَ التَّفْرِيغِ بمُباشرةِ طَرِيقِه، وهيَ المُرافعةُ إلى القاضي بمُطالبةِ شُركائِه، وحيثُ لَمْ يَفْعَلْ ذلكَ، صارَ مُفَرِّطًا، فَوَجَبَ الضَّمانُ بِقِسْطِهِ، كما أنَّ رَجُلًا لوِ اسْتَأْجَرَ دابَّةً لِيَحْمِلَ عليها قَفِيزَيْنِ[٤] من حِنْطَةٍ إلى مَوضعٍ معلومٍ، فحَمَلَ [عليها][٥] ثلاثةَ أَقْفِزَةٍ؛ ضَمِنَ ثُلُثَ قِيمَتِها، وهوَ مِقدارُ الزِّيادةِ.

قالَ الطَّحَاوِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «وأمَّا أبو يُوسُفَ ومُحَمَّدٌ رحمهما الله: فكانا يَجْعَلَانِ عليه مِنَ الدِّيَة نِصفَها»[٦]، وذلكَ لأنَّ أَنْصِبَاءَ الآخرينَ كَنَصِيبٍ واحدٍ؛ لأنَّه لَمْ يَجِبْ به الضَّمانُ، فهوَ مثلُ أَنْ يَجْرَحَ رَجُلًا، وَيَعْقِرُه سَبعٌ، وتنهشُه حَيَّةٌ، فيموتَ مِنْ جميعِ ذلكَ؛ فعلى الجَارحِ النِّصفُ؛ لأنَّ عَقْرَ السَّبُعِ ونَهْشَ الحَيَّةِ لمَّا لم يَتَعَلَّقْ بهما ضَمانٌ؛ صارَا كالشَّيْءِ الواحدِ [٨/١٧٨ظ/م]، فكذلكَ أَنْصِبَاءُ

(١) في الأصل: «شركائه». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٤].

(٣) وقع في الأصل: «ولم». والمثبت من «ر»، و«فا٢»، و«غ».

(٤) القفيز: مكيالٌ كان يُكَالُ به قديمًا، ويختلفُ مِقْدَاره في البلاد، ويُعادِل بالتَّقدير المصريِّ الحديث نَحْو ستَّة عشر كيلو جرامًا، ومِن الأَرْض قدْر مئة وَأَرْبع وَأَرْبَعين ذِرَاعًا. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٦) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٢٥٣].

وَلَوْ سَقَطَ الْحَائِطُ الْمَائِلُ عَلَىٰ إِنْسَانٍ بَعْدَ الْإِشْهَادِ فَقَتَلَهُ، فَتَعَثَّرَ بِالْقَتِيلِ غَيْرُهُ فَعَطِبَ؛ لَا يَضْمَنُهُ لِأَنَّ التَّفْرِيغَ عَنْهُ إِلَى الْأَوْلِيَاءِ لَا إِلَيْهِ.

الآخرينَ». كذا ذكَرَ أبو بكرٍ الرَّازيُّ في شرحِه لـ«مختصرِ الطَّحَاويِّ» رحمه الله.

قولُه: (وَلَوْ سَقَطَ الْحَائِطُ الْمَائِلُ عَلَىٰ إِنْسَانٍ بَعْدَ الْإِشْهَادِ فَقَتَلَهُ، فَتَعَثَّرَ بِالْقَتِيلِ غَيْرُهُ فَعَطِبَ؛ لَا يَضْمَنُهُ)، أي: لا يَضْمَنُ صاحبُ الحائطِ الَّذي تَعَثَّرَ فَهَلَكَ.

قالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «ولوْ أَشْهَدَ علىٰ الحائطِ فَسَقَطَ، فَتَعَقَّلَ بِنُقْضِه[1]، أو مِيزَابِه إنسانٌ فَهَلَكَ؛ يَضْمَنُ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ رحمهما الله.

وقالَ أبو يُوسُف رحمه الله: ما تَلِفَ بالنُّقْضِ لا يَضْمَنُ إلَّا إذا أُشْهِدَ علىٰ النُّقْضِ؛ لأنَّ الإشهادَ علىٰ [٣/٤٣٢ظ] الحائطِ لَا يَكُونُ إشهادًا علىٰ النُّقْضِ، ولوْ لَمْ يَتَعَقَّلْ بالنُّقْضِ، ولكنْ تَعَقَّلَ بميِّتٍ هَلَكَ بالحائطِ، لَمْ يَضْمَنْ بالاجماعِ؛ لأنَّ رَفْعَ الميِّتِ ليسَ علىٰ صاحبِ الحائطِ، ولكِنْ رفعُ النُّقْضِ إليه»[2].

قالَ في «شرحِ الزياداتِ»: «ولوْ كانَ مَكانُ الحائطِ جَنَاحٌ أَخرجَه الرَّجلُ؛ لصارَ مَنْ عَطِبَ بالعَثْرَةِ علىٰ القتيلِ مَضمونًا علىٰ عاقِلَةِ الَّذي أَخْرَجَ الجَناحَ؛ لِمَا قُلْنا: إنَّه بمَنزلةِ مُباشرةِ الجِنايةِ، ومَنْ أَلقىٰ في الطَّريقِ شيئًا؛ كانَ جَانِيًا ضامنًا لِمَا عَطِبَ به، وإنْ لَمْ يَمْلِكْ تَفْرِيغَه، ولوْ أُشْهِدَ علىٰ حائطٍ لم يَمِلْ بعدُ؛ فالإشهادُ باطلٌ، وإنَّما يَصِحُّ الإشهادُ إذا كانَ واهيًا، أو مائلًا، أو مَخُوفًا منه، أو مُتَصَدِّعًا».

قولُه: (لِأَنَّ التَّفْرِيغَ عَنْهُ إِلَى الْأَوْلِيَاءِ لَا إِلَيْهِ)، أي: لأنَّ تَفْرِيغَ الطَّريقِ عنِ الميِّتِ إلىٰ أوليائِه، لَا إلىٰ صاحبِ الحائطِ؛ لأنَّهم همُ الَّذينَ يَتَولَّوْنَ أَمْرَ الميِّتِ مِنَ التَّجْهيزِ والتَّكْفينِ.

---

(١) مضىٰ أن النُّقض اسم البِناء المَنقوض.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٣٨٠].

وَإِنْ عَطِبَ بِالنَّقْضِ ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّ التَّفْرِيغَ إِلَيْهِ إِذْ النَّقْضُ مِلْكُهُ وَالْإِشْهَادُ عَلَىٰ الْحَائِطِ إِشْهَادٌ عَلَىٰ النَّقْضِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ امْتِنَاعُ الشَّغْلِ.

وَلَوْ عَطِبَ بِجَرَّةٍ كَانَتْ عَلَىٰ الْحَائِطِ، فَسَقَطَتْ بِسُقُوطِهِ وَهِيَ مِلْكُهُ؛ ضَمِنَهُ؛ لِأَنَّ التَّفْرِيغَ إِلَيْهِ (وَإِنْ كَانَ مِلْكَ غَيْرِهِ لَا يَضْمَنُهُ) لِأَنَّ التَّفْرِيغَ إِلَىٰ مَالِكِهَا.

قَالَ: وَإِذَا كَانَ الْحَائِطُ بَيْنَ خَمْسَةِ رِجَالٍ، أُشْهِدَ عَلَىٰ أَحَدِهِمْ، فَقَتَلَ إِنْسَانًا؛ ضَمِنَ خُمْسَ الدِّيَةِ، وَيَكُونُ ذَلِكَ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ.

غاية البيان

قولُه: (لِأَنَّ التَّفْرِيغَ إِلَيْهِ)، أي: لأنَّ تفريغَ الطَّريقِ عنْ نُقْضِ الحائطِ إلىٰ صاحبِ الحائطِ.

قولُه: (وَلَوْ عَطِبَ بِجَرَّةٍ كَانَتْ عَلَىٰ الْحَائِطِ، فَسَقَطَتْ بِسُقُوطِهِ وَهِيَ مِلْكُهُ؛ ضَمِنَهُ). ذكَرَه علىٰ سبيلِ التَّفريعِ أيضًا.

قالَ فخرُ الإسلام رحمه الله في «شرحِ الزياداتِ»: «حائطٌ مائلٌ أُشْهِدَ علىٰ صاحبِه، فوضعَ صاحبُه أو غيرُه جَرَّةً عليه فَسَقَطَ، ورَمىٰ بالجَرَّةِ، فأصابَتْ إنسانًا فَقَتَلَتْهُ؛ فذلكَ علىٰ عاقِلَةِ صاحبِ الحائطِ، ولوْ عَثَرَ بِالْجَرَّةِ رجُلٌ فَعَطِبَ؛ كانَ هَدَرًا، بخلافِ الجَناحِ لوْ رَمَاهُ. والفرقُ ما بَيَّنَّا، فإنْ كانَتِ الجَرَّةُ مِلْكًا لصاحبِ الحائطِ؛ كانَ ضَامنًا لَمَا عَطِبَ بنُقْضِ الجَرَّةِ».

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كَانَ الْحَائِطُ بَيْنَ خَمْسَةِ رِجَالٍ، أُشْهِدَ عَلَىٰ أَحَدِهِمْ، فَقَتَلَ إِنْسَانًا؛ ضَمِنَ خُمْسَ الدِّيَةِ، وَيَكُونُ ذَلِكَ [عَلَىٰ][1] عَاقِلَتِهِ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: [في حائطٍ][2]

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) وقع في الأصل: «الحائط». والمثبت من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

. . . .

لخمسةِ رجالٍ مَالَ، أو وَهِيَ، فَأُشْهِدَ على واحدٍ منهم، فوقَع على إنسانٍ فقتلَه، قالَ: يَضْمَنُ الخُمسَ منَ الدِّيَةِ [٨/١٧٩و/م]. وقالَ يعقوبُ عنْ أبي حَنيفةَ ﷺ: في دارٍ بينَ ثلاثةِ نَفرٍ حَفَرَ أحدُهم فيها بِئرًا، أو بَنَىٰ حائطًا، فوقعَ إنسانٌ في البِئْرِ [فماتَ][1]، أوْ عَثَرَ بالحائطِ فماتَ، قالَ: علىٰ الحافرِ والباني ثُلُثا الدِّيَة. وقالَ يعقوبُ ومُحَمَّدٌ ﷺ: عليه نِصفُ الدِّيَةِ في المسألتيْنِ جميعًا»[2]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**»، وهذه الجملةُ مِن الخواصِّ.

وجهُ قولِهما: أنَّ نَصِيبَ مَنْ لَمْ يُوجَدِ الإشهادُ عليه، ونَصيبُ الحافرِ في المسألةِ الثَّانيةِ هَدَرٌ، وما وراءَه مُعْتَبَرٌ، فَجُعِلَ الهَدَرُ جِنسًا واحدًا، والمُعْتَبَرُ جِنسًا، والمُعْتَبَرُ لِجِنْسِ الجِراحاتِ لَا لِعددِها، كَمَنْ جَرَحَ إنسانًا، ونَهَسَتْهُ حَيَّةٌ، وَلَدَغَتْهُ عَقْرَبٌ، وَعَقَرَهُ كلبٌ؛ كان عليه نِصفُ الدِّيَة، فكذا هنا.

وجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّه لوْ مَلَكَ جميعَ الدَّار وحَفَرَ فيها بئرًا؛ لَا يَضْمَنُ، ولوْ لَمْ يَمْلِكْ شيئًا مِنَ الدَّار، وحَفَرَ فيها بِئرًا؛ ضَمِنَ جميعَ الدِّيَةِ، فإذا مَلَكَ [٣/٤٣٣و] البعضَ دونَ البعضِ؛ لَا يَضْمَنُ بِقَدْرِ ما مَلَك، وكذا في مسألةِ الحائطِ، لوْ كانَ أجنبيًّا؛ لَا يَصِحُّ الإشهادُ عليه، ولوْ مَلَكَ يَصِحُّ الإشهادُ عليه، فيَصِحُّ بقَدْرِ ما مَلَك اعتبارًا للبعضِ بالكلِّ.

[ولأنَّ التَّلَفَ][3] حَصَلَ بِعِلَّةٍ واحدةٍ، وهوَ الثِّقَلُ المخصوصُ بالحائطِ، والعُمْقُ المخصوصُ في البِئْرِ؛ لأنَّ أصْلَ الثِّقَلِ، وأصْلُ العُمقِ ليسَ بِعِلَّةٍ للتَّلَفِ؛ لأنَّ الجُزْءَ اليَسيرَ ليسَ بِمُهْلِكٍ، فلوْ كانَ كلُّ جُزءٍ عِلَّةً واحدةً؛ لاجتمَعَ العِلَلُ،

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٤].

(٣) وقع في الأصل: «وإن أتلف». والمثبت من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

وَإِنْ كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ ثَلَاثَةِ نَفَرٍ فَحَفَرَ أَحَدُهُمْ فِيهَا بِئْرًا[١] أَوْ بَنَىٰ حَائِطًا فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ فَعَلَيْهِ ثُلُثَا الدِّيَةِ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: عَلَيْهِ

غاية البيان

ولكنْ ليسَ كذلكَ، فكانَ الكُلُّ عِلَّةً واحدةً، فيُضَافُ الحُكْمُ، وهوَ الضَّمانُ إلىٰ العِلَّةِ الواحدةِ.

ثُمَّ يَنْقَسِمُ الحُكْمُ علىٰ أَربابِها علىٰ قَدْرِ المِلْكِ، كَمَنِ استأجرَ دابَّةً ليَحْمِلَ عليها كُرَّ حِنطةٍ، فحمَلَ عليها كُرًّا ونِصفًا، [فَتَلِفَتْ؛ ضَمِنَ][٢] المُستأجرُ ثُلُثَ القِيمةِ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِالثِّقَلِ، والثُّلثانِ كانَ بإذْنِ صاحبِ الدَّابَّةِ، فَهَدَرَ ذلكَ، ويَضْمنُ الثُّلُثَ.

بخلافِ الجِراحاتِ؛ فإنَّ كُلَّ جِراحةٍ تَصْلُحُ عِلَّةً للتَّلَفِ، وإنَّما أُضِيفَ إلىٰ الكُلِّ عِندَ المُزاحمةِ؛ لعدمِ أَوْلَويةِ البعضِ بالإضافةِ إليه، ولكنْ [إنْ لَمْ][٣] يَصْلُحِ البعضُ لإضافةِ الحُكْمِ؛ يصْلحُ لقَطْعِ السَّببِ عنِ المُزاحِمِ، فظهرَتِ المُزاحمةُ في قَطْعِ النِّسبةِ عنِ الأخرىٰ. وإنْ لَمْ يَظْهَرْ في حقِّ استحقاقِ الحُكْمِ، فيُجْعَلُ هالكًا بِعِلَّتَيْنِ، فيُضَافُ إلىٰ كُلِّ واحدةٍ نصْفُه ضرورةَ المُزاحمةِ.

أمَّا في مسألةِ الحائطِ والبِئْرِ: فالعِلَّةُ واحدةٌ لِمَا بيَّنَّا، فلَا بُدَّ منِ اعْتبارِ [١٧٩/٨ظ/م] العِلَّةِ في حقِّ كُلِّ واحدٍ منهم، فيَنْقَسِمُ الحُكْمُ علىٰ أربابِها، وكانَ القياسُ في صورةِ الإشهادِ علىٰ الحائطِ: ألَّا يَجِبَ الضَّمانُ؛ لأنَّ الواحدَ لَا يَمْلِكُ إصلاحَ الحائطِ وحْدَه إلَّا بشُركائِه، فلمَّا لَمْ يُشْهِدْ علىٰ شُركائِه؛ يَنْبَغِي ألَّا يَجِبَ علىٰ واحدٍ منهم شيءٌ.

وجهُ الاستحسانِ: أنَّه يَضْمَنُ الَّذي أُشْهِدَ عليه حِصَّتُه؛ لأنَّه صحَّ الإشهادُ عليه في حِصَّتِه؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ الإشهادُ عليهم جُملةً، وإنَّما يُشْهِدُ علىٰ واحدٍ واحدٍ،

(١) زاد بعده في (ط): «والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين».
(٢) وقع في الأصل: «فضمن». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٣) وقع في الأصل: «إنما». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

نِصْفُ الدِّيَةِ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ **فِي الْفَصْلَيْنِ**.

لَهُمَا أَنَّ التَّلَفَ بِنَصِيبِ مَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ مُعْتَبَرٌ، وَبِنَصِيبِ مَنْ لَمْ يُشْهِدْ عَلَيْهِ هَدَرٌ، فَكَانَا قِسْمَيْنِ فَانْقَسَمَ نِصْفَيْنِ كَمَا مَرَّ فِي عَقْرِ الْأَسَدِ وَنَهْشِ الْحَيَّةِ وَجَرْحِ الرَّجُلِ.

وَلَهُ أَنَّ الْمَوْتَ حَصَلَ بِعِلَّةٍ وَاحِدَةٍ **وَهُوَ الثِّقَلُ الْمُقَدَّرُ، وَالْعُمْقُ الْمُقَدَّرُ**، لِأَنَّ أَصْلَ ذَلِكَ لَيْسَ بِعِلَّةٍ وَهُوَ الْقَلِيلُ حَتَّىٰ يُعْتَبَرُ كُلُّ جُزْءٍ عِلَّةً فَتَجْتَمِعُ الْعِلَلُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يُضَافُ إِلَىٰ الْعِلَّةِ الْوَاحِدَةِ ثُمَّ تُقْسَمُ عَلَىٰ أَرْبَابِهَا بِقَدْرِ الْمِلْكِ، بِخِلَافِ الْجِرَاحَاتِ فَإِنَّ كُلَّ جِرَاحَةٍ عِلَّةٌ لِلتَّلَفِ بِنَفْسِهَا [٢٦٢/ظ] صَغُرَتْ أَوْ كَبُرَتْ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَ الْمُزَاحَمَةِ أُضِيفَ إِلَىٰ الْكُلِّ لِعَدَمِ الْأَوْلَوِيَّةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

فإذا صحَّ الإشهادُ عليه في حِصَّةِ نفسِه؛ يَجِبُ عليه الضَّمانُ في حِصَّةِ نفسِه.

قولُه: (**فِي الْفَصْلَيْنِ**)، أي: في فصْلِ الحائطِ المائلِ المُشتركِ بينَ خمسةٍ، وفي فصْلِ دارٍ بَين ثلاثةٍ حَفَرَ أحدُهم فيها.

قولُه: (**وَهُوَ الثِّقَلُ الْمُقَدَّرُ، وَالْعُمْقُ الْمُقَدَّرُ**).

أرادَ بذلكَ: الثِّقَلَ المُهْلكَ، والعُمقَ المُهْلكَ، لَا مُجرَّدَ الثِّقَل، ومُجرَّدَ العُمقِ؛ لأنَّ اليَسيرَ مِنْ ذلكَ لَا يَصْلُحُ عِلَّةً للتَّلَفِ.

بَابُ
جِنَايَةُ الْبَهِيمَةِ وَالْجِنَايَةُ عَلَيْهَا

قَالَ: الرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ مَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا، أَوْ رِجْلِهَا، أَوْ رَأْسِهَا، أَوْ كَدَمَتْ، أَوْ خَبَطَتْ، وَكَذَا إِذَا صَدَمَتْ، وَلَا يَضْمَنُ مَا نَفَحَتْ بِرِجْلِهَا، أَوْ ذَنَبِهَا.

غاية البيان

بَابُ
جِنَايَةُ الْبَهِيمَةِ وَالْجِنَايَةُ عَلَيْهَا

وكانَ مِن حقِّ هذا البابِ: أنْ يُذْكَرَ بعدَ بابِ جِنايةِ المَملوكِ؛ لفضيلةِ النُّطقِ في المَملوكِ الَّذي هوَ العَبدُ، ولكنْ لمَّا كانَتِ البَهيمةُ مُلْحَقَةً بالجَماداتِ منْ حيثُ عَدمُ العَقلِ والنُّطقِ؛ أُلْحِقَ هذا البابُ ببابِ ما يُحْدِثُهُ الرَّجلُ في الطَّريقِ ذِكرًا مِن الجُرْصُنِ ونحوِ ذلكَ.

قولُه: (قَالَ: الرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ مَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا، أَوْ رِجْلِهَا، أَوْ رَأْسِهَا، أَوْ كَدَمَتْ، أَوْ خَبَطَتْ، وَكَذَا إِذَا صَدَمَتْ، وَلَا يَضْمَنُ مَا نَفَحَتْ بِرِجْلِهَا، أَوْ ذَنَبِهَا)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**»[١]، وقولُه: **(مَا أَصَابَتْ)** بدلٌ منْ قولِه: **(لِمَا أَوْطَأَتْ)**.

[٣/٣٣٤ظ] **وصورتُها فيه:** «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁: في الرَّجلِ يَكُونُ على الدَّابَّةِ، وهوَ يَسيرُ عليها، قالَ: يَضْمَنُ ما أصابتْ بيدِها، أو برِجْلِها، أو برأسِها، أَوْ كَدَمَتْ، أو خَبَطَتْ إلَّا النَّفْحةَ بالرِّجْلِ، أو النَّفْحةَ بالذَّنَبِ؛ فإنَّه لَا يَضْمَنُهُ»[٢]. إلى هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٦].
(٢) ينظر: المصدر السابق.

وَالْأَصْلُ أَنَّ الْمُرُورَ فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي حَقِّهِ مِنْ وَجْهٍ وَفِي حَقِّ غَيْرِهِ مِنْ وَجْهٍ لِكَوْنِهِ مُشْتَرَكًا بَيْنَ كُلِّ النَّاسِ فَقُلْنَا بِالْإِبَاحَةِ مُقَيَّدًا بِمَا ذَكَرْنَا لِيَعْتَدِلَ النَّظَرُ مِنْ الْجَانِبَيْنِ، ثُمَّ إِنَّمَا يَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ فِيمَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ وَلَا يَتَقَيَّدُ بِهَا فِيمَا لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ لِمَا

غاية البيان

وقالَ الحاكمُ الشَّهيدُ رحمه الله في «الكافي»: «وإذا سَارَ الرَّجلُ علىٰ دابَّةٍ، أي الدَّوَابِّ كانَتْ في طريقِ المسلمينَ، فَأَوْطَأَتْ إنسانًا بِيَدٍ، أَوْ رِجْلٍ، وهي تَسِيرُ فقَتَلَتْه؛ فَدِيَتُهُ علىٰ عاقِلَةِ الرَّاكِبِ، وذلكَ لأنَّه مُسْتَعْمِلٌ للدَّابَّةِ بالنَّقلِ منْ مكانٍ إلىٰ مكانٍ، وهيَ مَجْبُولَةٌ علىٰ هذا الفِعلِ من جِهتِه، فصارَتْ جِنايتُها بمَنزلةِ جِنايتِه غيرَ أَنَّه خاطِئٌ، فوجبَتِ الدِّيَةُ علىٰ عاقِلَتِه والكفَّارةُ؛ لأنَّه قاتلٌ [٨/١٨٠و/م] حقيقةً.

ولَا يَضْمَنُ ما نَفَحَتْ بِرِجْلِهَا وهيَ تَسِيرُ؛ لأنَّه غيرَ مُسْتعمِلٍ إيَّاها في النَّفْحةِ، فلا يَصِيرُ بها قاتلًا حقيقةً، وإنْ كانَ سببًا لذلكَ علىٰ مَعنىٰ أنَّه لولا تَسييرُه في ذلكَ المَوضعِ لَمَا حَدَثَ هذا الأمرُ، ولكنَّه ليسَ بِمُتَعَدٍّ في التَّسييرِ في سُوقِ المسلمينَ، والسَّببُ المَحْضُ إنَّما يُلْحَقُ بالمُباشرةِ بِوَصْفِ التَّعدِّي، وقدْ عُدِمَ، فلَا يُؤْخَذُ به».

قالَ: «وإنْ كَدَمَتْ إنسانًا بِفِيها، أو صَدَمَتْ برأسِها، أو خَبَطَتْ بِيَدِهَا؛ فهوَ ضَامِنٌ».

وقالَ ابنُ أبي لَيْلَىٰ رحمه الله: هو ضَامِنٌ في جميعِ الوُجوه؛ لأنَّه مُسْتَوْلٍ علىٰ الدَّابَّة بالرُّكوبِ، فصارَ فِعْلها كَفِعْلِه.

ولكنَّا نَقُولُ: إنَّما يُضَافُ فِعْلُ الدَّابَّةِ إليه بواسطةِ الحَمْلِ، ولا حَمْلَ في هذه الأفعالِ، ولكنْ يَلْزَمُهُ حِفْظُ الدَّابَّةِ وصِيانتُها عمَّا في وُسْعِهِ صيانتُها، وفي وُسْعِهِ صِيانةُ الدَّابَّةِ عن الكَدْمِ والصَّدْمِ والخَبْطِ، فمتىٰ قصَّرَ في ذلكَ حتَّىٰ وقَعَ ما وقَعَ؛ صارَ مُتَعَدِّيًا فيه، فَأُخِذَ به، وليسَ في وُسْعِهِ صِيَانَتُها عنِ النَّفْحَةِ والضَّرْبِ بالذَّنَبِ،

فِيهِ مِنْ الْمَنْعِ عَنْ التَّصَرُّفِ وَسَدِّ بَابِهِ وَهُوَ مَفْتُوحٌ، وَالِاحْتِرَازُ عَنْ الْإِيطَاءِ وما يُضَاهِيهِ مُمْكِنٌ، فَإِنَّهُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِ التَّيْسِيرِ فَقَيَّدْنَاهُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ عَنْهُ، وَالنَّفْحَةُ بِالرِّجْلِ وَالذَّنَبِ لَيْسَ يُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ مَعَ السَّيْرِ عَلَى الدَّابَّةِ فَلَمْ يَتَقَيَّدْ بِهِ.

غاية البيان

فلا يُوصَفُ بالتَّعَدِّي حينئذٍ فيه؛ لكونِه غيرَ مُقَصِّرٍ فيه، فلَا يُؤْخَذُ بالضَّمانِ[1]. كذا في «شرحِ الكافي».

والأصلُ في ذلكَ: ما قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرحِه»: «إنَّ المَشيَ في الطَّريقِ مُباحٌ بشرطِ السَّلامةِ، وكلُّ ما تَولَّدَ مِنَ السَّيرِ ممَّا يُمْكِنُ الاحْتِرازُ منه، فليسَ بمَضْمونٍ، ألَا تَرىٰ أنَّه مأذونٌ في المَشْيِ، فلَوْ ضَمِنَ ما لَا يُمْكِنُ الاحتِرازُ منه؛ كانَ ذلكَ مَنْعًا منَ التَّصرُّفِ، وما يُمْكِنُ الاحتِرازُ منه لَا يُؤَدِّي ضمانُه إلىٰ المَنعِ منَ التَّصرُّفِ؛ لأنَّه يَقْدِرُ أنْ يَتَحَفَّظَ منه.

ولهذا قالَ أصحابُنا ﷺ: إنَّ ما كانَ مِنَ الغُبَارِ بالمَشْيِ، أوْ بِسَيْرِ الدَّابَّةِ؛ لا يَضمَنُ ما تَولَّدَ منه؛ لأنَّه لَا يُمْكِنُ الاحتِرازُ منه، وكذلكَ ما أَثارَتِ الدَّابَّةُ بِسَنَابِكِهَا[2] منَ الحَصَىٰ الصِّغارِ؛ لأنَّه لا يُمْكنُ أنْ يُحْتَرَزَ حينئذٍ منه في السَّيرِ.

فأمَّا الحَصىٰ الكِبارُ: فإنَّ الرَّاكبَ يَضْمَنُ ما تَوَلَّدَ منه؛ لأنَّ ذلكَ لَا يَكُونُ إلَّا بالعُنفِ علىٰ الدَّابَّةِ في السَّيْرِ.

وقالُوا في شروحِ «الجامعِ الصَّغيرِ»: وإنْ أَوْقَفَهَا في الطَّريقِ ضَمِنَ النَّفْحَةَ أيضًا؛ لأنَّ صِيَانَةَ الدَّوابِّ عنِ الوُقوفِ مُمْكِنَةٌ، وإنْ كانَتْ غيرَ مُمْكِنةٍ عنِ النَّفْحَةِ،

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٢١].

(٢) جَمْع: سُنبُك، والسُّنْبُكُ: طرَفُ الحافِرِ، وجانباه مِن قُدُمٍ. ينظر: «لسان العرب» لابن منظور [١٠/٤٤٤/ مادة: سنبك].

وإن أَوْقَفَهَا فِي الطَّرِيقِ ضَمِنَ النَّفْحَةَ أَيْضًا) لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْ الْإِيقَافِ وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْهُ عَنْ النَّفْحَةِ فَصَارَ مُتَعَدِّيًا فِي الْإِيقَافِ وَشَغْلِ الطَّرِيقِ بِهِ فَيَضْمَنُهُ.

قَالَ: وَإِنْ أَصَابَتْ بِيَدِهَا، أَوْ رِجْلِهَا حَصَاةً، أَوْ نَوَاةً، أَوْ أَثَارَ غُبَارًا، أَوْ حَجَرًا صَغِيرًا، فَفَقَأَ عَيْنَ إِنْسَانٍ، أَوْ أَفْسَدَ ثَوْبَهُ؛ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ حَجَرًا كَبِيرًا ضَمِنَ؛ لِأَنَّهُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، إذْ سَيْرُ الدَّوَابِّ لَا

غاية البيان

فصارَ الإيقافُ تَعدِّيًا، أو مُباحًا مُقَيَّدًا بشرطِ السَّلامةِ. يُقَالُ: أَوْطَأْتُهُ [٨/١٨٠ظ/م] دابَّتِي فَوَطِئَتْهُ.

فعلى هذا كانَ يَنْبَغِي أنْ يُقَالَ: الرَّاكِبُ ضامنٌ لِما وَطِئَتْهُ الدَّابَّةُ، ولكنْ يَجُوزُ أنْ يَكُونَ مَفعولَا الإيطاءِ مَحْذُوفَيْنِ، كقولِكَ: فُلَانٌ يُعْطِي، وتقديرُه: أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ [٣/٤٣٤و] يَدَهَا، أَوْ رِجْلَهَا إِنْسانًا.

والكَدْمُ: العَضُّ بِمُقَدَّمِ الأَسْنَانِ، كما يَكْدِمُ الحِمَارُ.

والخَبْطُ: الضَّرْبُ بِاليَدِ.

والصَّدْمُ: هو أن تَضْرِبَ الشَّيْءَ بِجَسَدِكَ.

وَنَفَحَتِ الدَّابَّةُ الشَّيْءَ: إذا ضَرَبَتْهُ بِحَافِرِ فَرَسِهَا.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ أَصَابَتْ بِيَدِهَا، أَوْ رِجْلِهَا حَصَاةً، أَوْ نَوَاةً، أَوْ أَثَارَ غُبَارًا، أَوْ حَجَرًا صَغِيرًا، فَفَقَأَ عَيْنَ إِنْسَانٍ، أَوْ أَفْسَدَ ثَوْبَهُ؛ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ حَجَرًا كَبِيرًا ضَمِنَ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ»[1].

وذلكَ لأنَّ الاحترازَ عنْ ذلكَ غيرُ مُمْكنٍ، فلَا يُؤْخَذُ بالضَّمانِ، ألَا ترى أنَّا نَجْعَلُ سَيْرَ الدَّابَّةِ كَسَيْرِهِ بِنَفْسِه، ولوْ سارَ بِنَفْسِه فأصابَ بِرِجْلِهِ هذه الأشياءَ،

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٦].

يَعْرَىٰ عَنْهُ، وَفِي الثَّانِي مُمْكِنٌ لِأَنَّهُ يَنْفَكُّ عَنْ السَّيْرِ عَادَةً، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِتَعْنِيفِ الرَّاكِبِ، وَالْمُرْتَدِفُ فِيمَا ذَكَرْنَا كَالرَّاكِبِ؛ لِأَنَّ الْمَعْنَىٰ لَا يَخْتَلِفُ.

قَالَ: وَإِنْ رَاثَتْ، أَوْ بَالَتْ فِي الطَّرِيقِ، وَهِيَ تَسِيرُ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ؛ لَمْ يَضْمَنْ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ السَّيْرِ فَلَا يُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ (وَكَذَا إِذَا أَوْقَفَهَا لِذَلِكَ) لِأَنَّ مِنْ الدَّوَابِّ مَا لَا يَفْعَلُ ذَلِكَ إِلَّا بِالْإِيقَافِ، وَإِنْ أَوْقَفَهَا لِغَيْرِ ذَلِكَ

غاية البيان

فأصابَ إنسانًا فقتَلَه؛ لَا ضمانَ عليه؛ لأنَّه من ضَروراتِ تَسْيِيرِه، وهوَ مباحٌ، إلَّا إذا كانَ حَجرًا كبيرًا؛ فيَضْمَنُ حِينئذٍ؛ لأنَّه يُمْكِنُ صِيانةُ الدَّابَّةِ عنْ مِثلِ هذا، فالظَّاهرُ أنَّه إنَّما وَقَعَ هذا مِنْ قِبَلِ عُنْفِهِ في أمْرِ السَّوْقِ، فيُوصَفُ بالتَّعَدِّي فيُؤْخذُ به.

قولُه: (وَالْمُرْتَدِفُ فِيمَا ذَكَرْنَا كَالرَّاكِبِ).

قالَ الحاكمُ الشَّهيدُ رحمه الله في «الكافي»: «والرَّاكبُ والرَّديفُ والسَّائقُ والقائدُ في الضَّمانِ سواءٌ، بلَغَنا ذلكَ عنْ شُرَيْحٍ رضي الله عنه، إلَّا إنَّه لَا كفَّارةَ علىٰ السَّائقِ والقائدِ في وَطْءِ الدَّابَّةِ، ولَا يُحْرَمُ به عنِ الميراثِ، وذلكَ لأنَّ الدَّابَّةَ مَجْبُولَةٌ في السَّيْرِ علىٰ إرادَتِهم، يُصَرِّفونَ فيها كيفَ شاءُوا، إلَّا إنَّ السَّائقَ والقائدَ مُسَبِّبانِ للقَتلِ علىٰ معنىٰ أنَّه لولَا السَّوْقُ، ولولَا القَوْدُ؛ لَمْ يُوجَدْ وَطْءُ الدَّابَّةِ، والكفَّارةُ جَزَاءُ مُباشرةِ القتلِ، بخلافِ الرَّاكبِ والرَّديفِ؛ فإنَّهما مُباشرانِ للقَتلِ حقيقةً بِثِقَلِهِمَا، فيلْزمُهما الكفَّارةُ، ويُحْرمانِ عنِ المِيراثِ، كالنَّائمِ إذا انْقَلَبَ علىٰ إنسانٍ»[1].

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ رَاثَتْ، أَوْ بَالَتْ فِي الطَّرِيقِ، وَهِيَ تَسِيرُ فَعَطِبَ بِهِ[2] إِنْسَانٌ؛ لَمْ يَضْمَنْ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[3].

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٢٢].
(٢) وقع في الأصل: «بها». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٨٩].

فَعَطِبَ إِنْسَانٌ بِرَوْثِهَا أَوْ بَوْلِهَا ضَمِنَ لِأَنَّهُ [٢٦٤/و] مُتَعَدٍّ فِي هَذَا الْإِيقَافِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِ السَّيْرِ، ثُمَّ هُوَ أَكْثَرُ ضَرَرًا بِالْمَارَّةِ مِنَ السَّيْرِ لِمَا أَنَّهُ أَدْوَمُ مِنْهُ فَلَا يُلْحَقُ بِهِ.

غاية البيان

وقالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله في «الجامعِ الصَّغيرِ»: «عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في الرَّجُلِ يَسِيرُ على الدَّابَّةِ، فَتَقِفُ للرَّوْثِ، أوِ البَوْلِ، فتَرُوثُ وتَبولُ، فَعَطِبَ به إنسانٌ بِرَوْثِهَا، أوْ بِبَوْلِهَا، قالَ: لا ضَمانَ على الرَّاكِبِ، وإنْ كانَ صاحبِ [٨/١٨١و/م] الدَّابَّةِ أَوْقَفَهَا لِغَيْرِ ذلكَ، فَرَاثَتْ أو بَالَتْ، وهيَ واقفةٌ، فَعَطِبَ إنسانٌ بِرَوْثِهَا، أو بِبَوْلِهَا؛ ضَمِنَ»[1]. إلى هنا لفظُ «الجامعِ الصَّغيرِ».

قالَ فَخْرُ الإسلامِ رحمه الله في «شرحِه»: «والفرقُ: أنَّ الاحترازَ عنِ البَولِ والرَّوثِ غيرُ مُمْكنٍ، فجُعِلَ عَفوًا، والوقوفُ من ضروراتِه؛ لأنَّ الدَّابَّةَ لا تَرُوثُ، ولا تَبُولُ في الغالبِ إلَّا بعدَ الوقوفِ، فجُعِلَ ذلكَ عَفوًا أيضًا، ولَمْ يُجْعلْ مضافًا إلى صاحبِ الدَّابَّةِ، فَصَارَ هَدَرًا، فأمَّا وَقْفُ الدَّابَّةِ لأمرٍ آخرَ، فَلَيسَ ما وُضِعَ له الطَّريقُ، فكانَ تَعَدِّيًا، فلمْ يُجْعَلْ ما اتَّصلَ به عَفْوًا مِنَ التَّلَفِ، وإنْ تَعَذَّرَ الاحتِرازُ عنه، كَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا ضَمِنَ سَرَايَتَهُ، وإنْ تَعَذَّرَ الاحْتِرازُ عنه».

وكذلكَ مَنْ حَفَرَ بِئْرًا على قارعةِ الطَّريقِ؛ ضَمِنَ ما وَقَعَ فيها، وإنْ تَعَذَّرَ الاحتِرازُ عنه، واللُّعَابُ إذا خرَجَ مِن فَمِ [٣/٣٤٤ظ] الدَّابَّةِ، فَابْتَلَّ الطَّريقُ، فزَلَقَ به إنسانٌ فَسَقَطَ فماتَ؛ لا ضَمانَ فيه؛ لأنَّه لَا يُمْكنُ حِفْظُ الدَّابَّةِ عنْ مثلِ ذلكَ. كذا في «شرحِ الكافي».

قولُه: (لِأَنَّ الْمَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ، وَهُوَ التَّصَرُّفُ فِي الدَّابَّةِ بِالتَّسْيِيرِ).

قالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «مَنْ وَقَفَ دابَّتَه على بابِ المسجدِ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٦].

. . . .

الأعظم، أو على باب مسجدٍ من مساجدِ المُسلمينَ؛ فهوَ مِثلُ وَقْفِهِ في الطَّريقِ، وإنْ كانَ الإمامُ قدْ جَعَلَ للمُسلمينَ عندَ بابِ المَسجدِ مَوقفًا يَقِفونَ فيها دوابَّهم؛ فلَا ضَمانَ عليه فِيما أصابَتْ به في وُقوفِها، أوْ حدَثَ منها في ذلكَ المَوقفِ، فإنْ سَارَ بِها فيه أوْ قادَها [فيه][١]؛ فهوَ ضَامِنٌ لِما تُصِيبُه إذا فَعَلَتْ ذلكَ في الطَّريقِ العامِ المُشتَرِكِ»[٢].

قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرحِه»: «وذلكَ لأنَّ القائدَ والسَّائقَ مُقَرِّبٌ للدَّابَّةِ إلى الجِنايَةِ، والإذْنُ في الوقوفِ في هذا المكانِ لا يُخْرِجُه مِنْ أَنْ يَكُونَ طَرِيقًا، فيَضْمَنُ في الطَّرِيقِ إلَّا ما يَتَنَاوَلُه الإذنُ».

ثُمَّ قالَ الْكَرْخِيُّ ﷺ: «وكذلكَ إنْ كانَ الموضعُ قدْ أَذِنَ الإمامُ فيه بمنزلةِ سُوْقِ الخَيلِ والدَّوابِّ؛ فلَا ضَمانَ على الواقفِ بدابَّتِهِ فيما كانَ مِنْ دابَّتِه مِنْ نَفْحِ بِرِجْلٍ، أو ذَنَبٍ، أوْ بَوْلٍ، أوْ رَوَثٍ، أوْ لُعَابٍ، وكذلكَ لوْ كانَ الرَّجُلُ راكبًا [عليها][٣]، أو واقفًا؛ فلا ضَمانَ عليه في شَيْءٍ مِنْ ذلكَ، وكذلكَ الفَلَاةُ مِنَ الأرضِ إذا وَقَفَ فيها دابَّتَهُ، وإنْ كانَ راكبًا عليها، وكذلكَ طريقُ مكَّةَ إذا كانَ وُقوفُه في غيرِ المَحَجَّةِ ناحيةً عنها، فإنْ كانَ ذلكَ في المَحَجَّةِ؛ فالمَحَجَّةُ بِمَنْزِلةِ الطَّرِيقِ السَّابِلِ[٤] في جميعِ ما وَصفْتُ لكَ.

أمَّا إذا كانَ سائرًا في [٨/١٨١ظ/م] [هذه][٥] المواضعِ الَّتي أَذِنَ فيها الإمامُ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٠/ داماد].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٤) السَّابِل: يقال: سبيلٌ سابلٌ؛ أي: مسلوك. والسَّابِلة: الطريق المسلوك. يقال: سبيل سابلة؛ أي: مسلوكة. ينظر: «المعجم الوسيط» [١/٤١٥].

(٥) ما بين المعقوفتين: في «م»: «جميع».

. . . .

[بالوُقوفِ][(١)]، أوْ قائدًا، أوْ سائقًا؛ فهوَ ضامنٌ لا يُزِيلُ ذلكَ عنه إذْنُ الإمام، وإنَّما يَسْقُطُ عنه ما حدَثَ مِن وُقوفِ دابَّتِه في هذه المواضعِ، كانَ راكبًا أوْ لَمْ يَكُنْ فيما حدَثَ منَ الوُقوفِ خاصَّةً، دونَ السَّيْرِ والسَّوْقِ والقَوْدِ.

فأمَّا الواقفُ في مِلْكِه والسَّائقُ فيه والقائدُ والسَّائرُ: فلَا ضَمانَ عليه في شيءٍ مِنْ ذلكَ إلَّا فِيما وَطِئَتْ بِيَدٍ أو رِجْلٍ؛ فإنَّه بِمَنْزِلَةِ جِنايتِه بِيَدِهِ، ألَا تَرىٰ أنَّه يَلْزَمُه الكفَّارةُ فيما وَطِئَتْ بِيَدٍ أو رِجْلٍ، ولَا يَلْزَمُه الكفَّارةُ في غيرِ ذلكَ، والمُرْتَدِفُ والرَّاكبُ سواءٌ في جميعِ ذلكَ، وسواءٌ كانَ الَّذي لَحِقَهُ الجِنايَةُ مأذونًا له في دُخولِ المِلْكِ، أو غيرَ مأذونٍ، وكذلكَ لوْ كانَ في المِلْكِ كَلْبٌ عَقُورٌ، فَعَقَرَ مَنْ في الدَّارِ مِمَّنْ أُذِنَ لهُ بالدُّخولِ في الدَّارِ أو لَمْ يُؤْذَنْ»[(٢)]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ ﵀. وذلكَ لأنَّ تَرْكَ الكَلْبِ في المِلْكِ ليسَ بِتَعَدٍّ، فَما تَوَلَّدَ منه لَا يُضْمَنُ.

قولُه: (فَلَا يُلْحَقُ بِهِ)، أي: لَا يُلْحَقُ الإيقافُ بالسَّيْرِ. أي: لَا يُجْعَلُ حُكْمُه كَحُكْمِ السَّيْرِ. يَعْنِي: إذا راثَتِ الدَّابَّةُ، أوْ بالَتْ في حالةِ السَّيْرِ؛ لَا ضَمانَ في ذلكَ؛ لأنَّه لَا يُمْكِنُ السَّيْرُ بِلَا رَوَثٍ، ولا بَوْلٍ أصلًا، فكانَ مِنْ ضَروراتِ السَّيْرِ، وكذا إذا أَوْقَفَهَا لذلكَ فَوُجِدَ منها ذلك.

فأمَّا إذا أَوْقَفَها لغيرِ ذلكَ لأَمْرٍ آخرَ فَرَاثَتْ، أو بَالَتْ؛ يَجِبُ الضَّمانُ؛ لأنَّ الإيقافَ لغيرِ ذلكَ ليسَ مِنْ ضَروراتِ السَّيْرِ، وأيضًا [٣/٤٣٥و] الإيقافُ لدوامِه أكثرُ ضَررًا بالمارَّةِ مِنْ نَفْسِ السَّيْرِ، فلَمْ يَكُنْ في معنىٰ السَّيرِ، فلَمْ يُلْحَقْ بالسَّيْرِ في عدمِ وُجوبِ الضَّمانِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٠/ داماد].

والسَّائِقُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ بِرِجْلِهَا، وَالْقَائِدُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا دُونَ رِجْلِهَا.

وَالْمُرَادُ النَّفْحَةُ. قَالَ ـ رحمه الله ـ: هَكَذَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ، وَإِلَيْهِ مَالَ بَعْضُ الْمَشَايِخِ.

غاية البيان

قولُه: (**والسَّائِقُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ بِرِجْلِهَا**[1]، **وَالْقَائِدُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا دُونَ رِجْلِهَا**)، وهذا لفظُ الْقُدُورِيِّ رحمه الله في «**مختصرِه**»[2].

قالَ صاحبُ «**الهداية**» رحمه الله: (**وَالْمُرَادُ النَّفْحَةُ**)، أي: المُرادُ من قولِه: (**أَوْ رِجْلِهَا**)، و(**دُونَ رِجْلِهَا النَّفْحَة**)، بالرِّجْلِ لأنَّ القائِدَ يَضْمَنُ وَطْءَ الرَّجُلِ، وكذا السَّائِقُ يَضْمَنُه.

أمَّا النَّفْحَةُ بالرِّجْلِ: فهَلْ يَضْمنُها [السَّائقُ][3] **أمْ لا؟**

قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله: «يَضْمنُها السَّائِقُ، ولَا يَضْمنُها القائدُ، والفرقُ: أنَّ النَّفْحَةَ بالرِّجْلِ بِمَرْأىٰ منَ السَّائقِ، فَأَمْكَنَه الاحتِرازُ عنْ ذلكَ، فوَجَبَ عليه الضَّمانُ؛ لأنَّه قَرَّبَ الدَّابَّةَ إلىٰ الجِنايةِ مع إمكانِ الاحتِرازِ، بخلافِ القائدِ فإنَّها ليسَتْ بِمَرْأىٰ عَيْنِه، فلَمْ يُمْكِنُه الاحتِرازُ، فلَمْ يَجِبْ عليه الضَّمانُ في النَّفْحَةِ، بخلافِ الوَطْءِ بالرِّجْلِ، والإصابةُ باليَدِ، حيثُ يَجِبُ الضَّمانُ في [٨/١٨٢و/م] ذلكَ عليهما؛ لإمكانِ الاحتِرازِ عنْ ذلكَ».

وهكذا فَرَّقَ الْقُدُورِيُّ رحمه الله في النَّفْحَةِ في «**مختصرِه**»: بينَ السَّائقِ والقائدِ،

---

(١) وفي «مجموع النوازل»: وهكذا ذكره القدوري في «مختصره»، وبه أخذ بعض المشايخ، وأكثر المشايخ علىٰ أن السائق لا يضمن النفحة؛ لأنه لا يمكنه منعها عنها، وإن كان بمرأىٰ منه، وهو الأصح. كذا في «التصحيح» [ص٣٩١].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٩].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

وَوَجْهُهُ أَنَّ النَّفْحَةَ بِمَرْأَىٰ عَيْنِ السَّائِقِ فَيُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ وَغَائِبٌ عَنْ بَصَرِ الْقَائِدِ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ.

وَقَالَ أَكْثَرُ الْمَشَايِخِ: إِنَّ السَّائِقَ لَا يَضْمَنُ النَّفْحَةَ أَيْضًا وَإِنْ كَانَ يَرَاهَا، إِذْ لَيْسَ عَلَىٰ رِجْلِهَا مَا يَمْنَعُهَا بِهِ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، بِخِلَافِ الْكَدْمِ لِإِمْكَانِهِ كَبْحَهَا بِلِجَامِهَا. وَبِهَذَا يَنْطِقُ أَكْثَرُ النُّسَخِ وَهُوَ الْأَصَحُّ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُونَ النَّفْحَةَ كُلُّهُمْ[1]؛ لِأَنَّ فِعْلَهَا مُضَافٌ إِلَيْهِمْ،

غاية البيان

ولكنْ ظاهرُ الرِّوايةِ بخلافِ ذلكَ.

ألَا تَرَىٰ أنَّ الحاكمَ الشَّهيدَ رحمه الله قالَ في «مختصرِه»: «والرَّاكبُ والرَّديفُ والسَّائقُ والقائدُ في الضَّمانِ سواءٌ، إلَّا إنَّه لَا كفَّارةَ علىٰ السَّائقِ والقائدِ في وَطْءِ الدَّابَّةِ، ولَا يُحْرَمُ به عنِ الميراثِ»[2].

وقالَ **الْكَرْخِيُّ** رحمه الله في **«مختصرِه»**: «فإنْ نَفَحَتِ الدَّابَّةُ بِرِجْلِها وهيَ تَسِيرُ، أوْ بِذَنَبِها؛ فلَا ضمانَ علىٰ الرَّاكبِ، ولَا السَّائقِ، ولَا القائدِ، ولَا الرَّديفِ؛ لِمَا رُوِيَ عنِ النَّبِيِّ ﷺ أنه قَالَ: **«الرِّجْلُ جُبَارٌ»**[3]، وهوَ ما لَا يُمْكِنُ الرَّاكبُ التَّحرُّزَ منه»[4]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله.

وعلىٰ هذا أكثرُ مشايخِنا رحمهم الله؛ لأنَّ الاحتِرازَ لَا يُمْكِنُ منَ النَّفْحَةِ، وإنَّما يُمْكِنُ منَ الإيطاءِ والصَّدْمِ، وما لَا يُمْكِنُ الاحتِرازُ عنه لَا يُضْمَنُ، وكذلكَ ما أصابَتْ بِذَنَبِها فهوَ كَرِجْلِها؛ لأنَّه لَا يُمْكِنُ الاحتِرازُ عنه.

قولُه: (**وَقَالَ الشَّافِعِيُّ** رحمه الله: **يَضْمَنُونَ النَّفْحَةَ كُلُّهُمْ**[5])، أي: يَضمنُها الرَّاكبُ

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٣١٠/٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [١٠/ ١٩٨].
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٢٢].
(٣) يأتي تخريجه قريبًا.
(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٠/ داماد].
(٥) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٣١٠/٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [١٩٨/١٠].

وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَقَوْلُهُ - ﷺ - «الرِّجْلُ جُبَارٌ» وَمَعْنَاهُ النَّفْحَةُ بِالرِّجْلِ، وَانْتِقَالُ الْفِعْلِ بِتَخْوِيفِ الْقَتْلِ كَمَا فِي الْمُكْرَهِ وَهَذَا تَخْوِيفٌ بِالضَّرْبِ.

غاية البيان

والسَّائقُ والقائدُ؛ لأنَّ فِعْلَ الدَّابَّةِ مُضافٌ إليهم؛ لأنَّ سَيْرَها بِتَصَرُّفِهم.

ولَنا: ما رَوىٰ أبو داودَ ﷺ في «سُنَنِه»: بإسنادِه إلىٰ الزُّهْرِيِّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ، عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «**الرِّجْلُ جُبَارٌ**»[١].

بيانُه: أنَّ المُرادَ منه: إمَّا أَنْ يَكُونَ الوطْءُ بالرِّجْلِ، أو النَّفْحَةِ، والأوَّلُ ليسَ بمُرادٍ بالإجماعِ؛ لأنَّه ليسَ بِجُبَارٍ، فيَتَعَيَّنُ الثَّاني، وإلَّا يَلْزَمُ إلغاءُ النَّصِّ عنِ الفائدةِ[٢].

قولُه: (**وَانْتِقَالُ الْفِعْلِ بِتَخْوِيفِ الْقَتْلِ كَمَا فِي الْمُكْرَهِ**)، جوابٌ عنْ قولِ الشَّافِعِيِّ ﷺ: «إنَّ فِعْلَ الدَّابَّةِ مُضافٌ إليه»[٣]. يَعْنِي: يَكُونُ فِعْلُها كفِعْلِ صاحبِها فيَضْمَنُ.

فقالَ: إنَّما يَنْتَقِلُ فِعْلُ الفاعلِ إلىٰ غيرِه إذا كانَ التَّخويفُ بالقتلِ لَا بالضَّربِ، كما في الإكراهِ الكاملِ، يَنْتقلُ لَا في القاصِرِ، وهُنا [٣/٤٣٥ظ] التَّخْويفُ بالضَّربِ لَا بالقَتلِ، وفيه نَوعُ وَهْيٍ، والجوابُ الصَّحيحُ لنا علىٰ الخَصمِ ما قُلْنا مِنَ المَعقولِ

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب الديات/ بَابٌ فِي الدَّابَّةِ تَنْفَحُ بِرِجْلِهَا [رقم/٤٥٩٢]، والنسائي في «سننه» في كتاب العارية/ بابفي الدابة تصيب برجلها رواية بن حيوة [رقم/٥٧٨٨]، والدارقطني في «سننه» [٣/١٥٢]، وغيرهم من طريق: الزُّهْرِيِّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ به.
قال ابنُ حَجر: «قال الدارقطني: لم يَرْوه إلا سفيان بن حسين عن الزهري، وله طريق أُخرىٰ عند الدارقطني عن أبي هريرة، ورجاله ثقات، إلا أن الدارقطني قال: إنه وهم، ورواه محمد بن الحسن في «الآثار» عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن النبي ﷺ مرسلًا». ينظر: «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/٢٨٣].

(٢) وقع في الأصل: «القائد». والمثبت من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٣) ينظر: «الأم» للشافعي [٨/٣٥٣]، و«الحاوي الكبير» للماوردي [١٣/٤٧٠].

قَالَ: وَفِي: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: وَكُلُّ شَيْءٍ ضَمِنَهُ الرَّاكِبُ؛ ضَمِنَهُ السَّائِقُ وَالْقَائِدُ لِأَنَّهُمَا مُسَبِّبَانِ بِمُبَاشَرَتِهِمَا شَرْطَ التَّلَفِ وَهُوَ تَقْرِيبُ الدَّابَّةِ إِلَىٰ مَكَانِ الْجِنَايَةِ فَيَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ فِيمَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ كَالرَّاكِبِ.

(إِلَّا أَنَّ عَلَىٰ الرَّاكِبِ الْكَفَّارَةَ) فِيمَا أَوْطَأَتْهُ الدَّابَّةُ بِيَدِهَا أَوْ بِرِجْلِهَا (وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِمَا) وَلَا عَلَىٰ الرَّاكِبِ فِيمَا وَرَاءَ الْإِيطَاءِ، لِأَنَّ الرَّاكِبَ مُبَاشِرٌ فِيهِ لِأَنَّ التَّلَفَ بِثِقَلِهِ وَثِقَلِ الدَّابَّةِ تَبَعٌ لَهُ، لِأَنَّ سَيْرَ الدَّابَّةِ مُضَافٌ إِلَيْهِ وَهِيَ آلَةٌ لَهُ وَهُمَا مُسَبِّبَانِ لِأَنَّهُ لَا يَتَّصِلُ مِنْهُمَا إِلَىٰ الْمَحَلِّ شَيْءٌ، وَكَذَا الرَّاكِبُ فِي غَيْرِ الْإِيطَاءِ،

غاية البيان

أوَّلًا، ورُوِّينا منَ الحديثِ ثانيًا.

قولُه: (قَالَ: وَفِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: وَكُلُّ شَيْءٍ ضَمِنَهُ الرَّاكِبُ؛ ضَمِنَهُ السَّائِقُ وَالْقَائِدُ)، وذلكَ لأنَّ سَيْرَ الدَّابَّةِ مُضافٌ إلىٰ [٨/١٨٢ظ/م] السَّائقِ والقائدِ، كما يُضَافُ إلىٰ الرَّاكِبِ، فلَزِمَه الحِفظُ عمَّا يُمْكِنُ الحِفْظُ والاحتِرازُ عنه، وَوُضِعَ عنه ما ليسَ في وُسْعِهِ، فإذا أُضِيفَ إليه ضَمِنَهُ، كأنَّه فَعَلَهُ بِيَدِه، إلَّا إنَّه لَا يَكُونُ علىٰ السَّائقِ والقائدِ الكفَّارةُ، وعلىٰ الرَّاكبِ الكفَّارةُ فيما أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ، ولأنَّ فِعْلَ[1] الرَّاكبِ علىٰ الدَّابَّةِ اتَّصَلَ بالقَتيلِ[2]، فصارَ مباشرًا بمنزلةِ الرَّامي.

فأمَّا السَّائقُ والقائدُ: فلم يَتَّصِلْ أَثَرُ فِعْلِهما بالقَتيلِ، بلْ فِعْلُهما تَسْبيبٌ، والكفَّارةُ جزاءٌ للفِعلِ، وهوَ القَتلُ، فلَمْ يَجِبُ علىٰ المُسَبِّبِ الَّذي هوَ دُونَ المُباشِرِ في استحقاقِ الجَزاءِ، وهوَ كَحَافِرِ البِئْرِ، وواضِعِ الحَجَرِ؛ فإنَّه لَا كفَّارةَ علىٰ الحافِرِ والواضعِ، فكذا هُنا.

قولُه: (وَكَذَا الرَّاكِبُ فِي غَيْرِ الْإِيطَاءِ)، أي: لَا كفَّارةَ علىٰ الرَّاكبِ في غيرِ

(١) وقع في الأصل: «ثقل». والمثبت من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) وقع في الأصل: «بالفعل». والمثبت من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

وَالْكَفَّارَةُ حُكْمُ الْمُبَاشَرَةِ لَا حُكْمُ التَّسَبُّبِ، وَكَذَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِيطَاءِ فِي حَقِّ الرَّاكِبِ حِرْمَانُ الْمِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ دُونَ السَّائِقِ وَالْقَائِدِ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْمُبَاشَرَةِ.

وَلَوْ كَانَ رَاكِبٌ وَسَائِقٌ، قِيلَ: لَا يَضْمَنُ السَّائِقُ مَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ؛ لِأَنَّ الرَّاكِبَ مُبَاشِرٌ فِيهِ لِمَا ذَكَرْنَاهُ وَالسَّائِقُ مُسَبِّبٌ، وَالْإِضَافَةُ إِلَى الْمُبَاشِرِ أَوْلَىٰ.

وَقِيلَ: الضَّمَانُ [٢٦٣/ظ] عَلَيْهِمَا لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ سَبَبُ الضَّمَانِ.

غاية البيان

وَالْكَفَّارَةُ حُكْمُ الْمُبَاشَرَةِ لَا حُكْمُ التَّسَبُّبِ، وَكَذَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِيطَاءِ فِي حَقِّ الرَّاكِبِ حِرْمَانُ الْمِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ دُونَ السَّائِقِ وَالْقَائِدِ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْمُبَاشَرَةِ.وَالْكَفَّارَةُ حُكْمُ الْمُبَاشَرَةِ لَا حُكْمُ التَّسَبُّبِ، وَكَذَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِيطَاءِ فِي حَقِّ الرَّاكِبِ حِرْمَانُ الْمِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ دُونَ السَّائِقِ وَالْقَائِدِ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْمُبَاشَرَةِ. الإيطاءِ، كالنَّفْحَةِ بالرِّجْلِ والذَّنَبِ؛ لأنَّه سببٌ في ذلكَ، وإنَّما الكفَّارةُ عليه في الإيطاءِ؛ لأنَّه مُباشِرٌ فيه؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِثِقَلِهِ، وَثِقَلُ الدَّابَّةِ جُعِلَ تَبعًا له حيثُ كانَ سَيْرُها مُضافًا إليه.

قولُه: (وَلَوْ كَانَ رَاكِبٌ وَسَائِقٌ، قِيلَ: لَا يَضْمَنُ السَّائِقُ مَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ)، يَعْنِي: لَا يَشتَركانِ في الضَّمانِ، بَلْ يَجِبُ الضَّمانُ علىٰ الرَّاكبِ؛ لأنَّ الرَّاكبَ صاحبُ عِلَّةٍ، والسَّائقُ صاحبُ سَبَبٍ، والأصلُ في إضافةِ الحُكْمِ هوَ السَّببُ، وقيلَ: يَشْتَرِكَانِ، فيَكُونُ نِصفُ الضَّمانِ علىٰ الرَّاكبِ، ونِصفُه علىٰ السَّائقِ.

قالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله **في «مختصرِه»**: «ولوْ أَمَرَ بِنَخْسِهَا، وهوَ يَسيرُ فَوَطِئَتْ إنسانًا فقتلَتْه؛ فالدِّيةُ عليهما نِصفانِ؛ لأنَّهما الآنَ راكبٌ وسائقٌ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله.

يَعْنِي: أنَّ النَّاخِسَ كالسَّائقِ، ولوْ كانَ ثَمَّةَ سائقٌ وراكبٌ يشتَركانِ في الضَّمانِ؛

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٠/ داماد].

قَالَ: وَإِذَا اصْطَدَمَ فَارِسَانِ فَمَاتَا ؛ فَعَلَىٰ عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَةُ الْآخَرِ.

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ ﷺ: يَجِبُ عَلَىٰ عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ دِيَةِ الْآخَرِ لِمَا رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ، وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَاتَ بِفِعْلِهِ وَفِعْلِ صَاحِبِهِ، لِأَنَّهُ بِصَدْمَتِهِ آلَمَ نَفْسَهُ وَصَاحِبَهُ فَيُهْدَرُ نِصْفُهُ وَيُعْتَبَرُ نِصْفُهُ، كَمَا إِذَا كَانَ الِاصْطِدَامُ عَمْدًا، أَوْ جَرَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَفْسَهُ وَصَاحِبَهُ جِرَاحَةً أَوْ حَفَرَا عَلَىٰ قَارِعَةِ الطَّرِيقِ بِئْرًا فَانْهَارَ عَلَيْهِمَا يَجِبُ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا النِّصْفُ فَكَذَا هَذَا.

غاية البيان

فكذا النَّاخِسُ والرَّاكِبُ يشتَركانِ، وهذا لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما مُتَعَدٍّ بطريقِ التَّسْبِيبِ؛ لأنَّه تَلِفَ بِثِقَلِ الرَّاكِبِ ودَفْعِ النَّاخِسِ.

وقالَ الإمامُ الْأَسْبِيجَابيُّ ﷺ: «فإنْ كانَ راكبٌ وسائقٌ، أوْ سائقٌ وقائدٌ، أوْ راكبٌ وقائدٌ؛ فالضَّمانُ عليهما جميعًا، غيرَ أنَّ الكفَّارةَ على الرَّاكبِ وحْدَه»[١].

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا اصْطَدَمَ فَارِسَانِ فَمَاتَا ؛ فَعَلَىٰ عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَةُ الْآخَرِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه».

وعِندَ زُفَرَ والشَّافِعِيِّ[٢] ﷺ: يَجِبُ على عاقِلَةِ كُلِّ واحدٍ منهما نِصْفُ دِيَةِ الآخرِ، وكذلكَ الخِلافُ في الرَّجُلَيْنِ يَصْطَدِمَانِ[٣] [٨/١٨٣و/م]. كذا في «شرحِ الكافي».

لهما: أنَّ كُلَّ واحدٍ منهما صَارَ مَقْتولًا بِفِعْلِ نَفسِه، وفِعْلِ صاحِبِه؛ لأنَّ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٣٧٨].

(٢) ينظر: «الأم» للشافعي [٢٠٩/٧]، و«الحاوي الكبير» للماوردي [٣٢٣/١٢].

(٣) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» [١٥٢/٥، ١٥٣]، «التجريد» [٥٧٦٧/١١]، «المبسوط» [١٩١/٢٦]، «الفقه النافع» [١٣٨٧/٣]، «بدائع الصنائع» [٣٣٣/٦]، «تكملة البحر الرائق» [٤١٠/٨]، «الفتاوىٰ الهندية» [١٠٥/٦].

وَلَنَا أَنَّ الْمَوْتَ يُضَافُ إِلَىٰ فِعْلِ صَاحِبِهِ لِأَنَّ فِعْلَهُ فِي نَفْسِهِ مُبَاحٌ وَهُوَ الْمَشْيُ فِي الطَّرِيقِ فَلَا يَصْلُحُ مُسْتَنَدًا لِلْإِضَافَةِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ، كَالْمَاشِي إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالْبِئْرِ وَوَقَعَ فِيهَا لَا يُهْدَرُ شَيْءٌ مِنْ دَمِهِ، وَفِعْلُ صَاحِبِهِ وَإِنْ كَانَ مُبَاحًا، لَكِنَّ الْفِعْلَ الْمُبَاحَ فِي غَيْرِهِ سَبَبٌ لِلضَّمَانِ كَالنَّائِمِ إِذَا انْقَلَبَ عَلَىٰ غَيْرِهِ.

وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ - رضي الله عنه - أَنَّهُ أَوْجَبَ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كُلَّ الدِّيَةِ فَتَعَارَضَتْ رِوَايَتَاهُ فَرَجَّحْنَا بِمَا ذَكَرْنَا، وَفِيمَا ذُكِرَ مِنْ الْمَسَائِلِ الْفِعْلَانِ مَحْظُورَانِ فَوَضَحَ الْفَرْقُ.

غاية البيان

الاصْطِدامَ فِعْلُهما جميعًا، وفِعْلُه في حقِّ نَفسِه هَدَرٌ، وفِعْلُ صاحِبه مُعْتَبَرٌ، فيَكُونُ المَضْمُونُ هوَ النِّصْفُ، وصارَ كما إذا اصْطَدَمَ عَمْدًا، أوْ جَرَحَ كُلُّ واحدٍ منهما نَفسَه [٣/٤٣٦و] وَجَرَحَهُ صاحبُه، أوْ حَفَرَا جَميعًا بِئْرًا على قَارِعَةِ الطَّريقِ فَوَقَعَا فيها فَمَاتَا.

ولنا: ما رَوَىٰ مُحَمَّدٌ رحمه الله في «الأصلِ»: عنْ عَلِيٍّ رضي الله عنه في هذه الحَادِثَةِ: «أنَّه أَوْجَبَ علىٰ عاقِلَةِ كُلِّ واحدٍ منهما دِيَةً كاملةً، وقالَ: بَلَغَنا ذلك عنْ عَلِيٍّ رضي الله عنه»[1]، ولأنَّ فِعْلَ كلِّ واحدٍ منهما مُباحٌ في حقِّ نَفسِه، وهوَ مَشْيُهُ في الطَّريقِ، فلَا يَصلُحُ سَبَبًا للضَّمانِ في حقِّ نَفسِه، ألَا تَرىٰ أنَّ إنسانًا لوْ وَقَعَ في بِئْرٍ مَحْفورةٍ علىٰ قارعةِ الطَّريقِ؛ لَا يَكُونُ شيءٌ مِن دَمِهِ هَدَرًا، بأنْ يُقَالَ: لولا مَشْيُه لَمْ يَقَعْ في البِئْرِ، فكذا هنا؛ لَا يُهْدَرُ شيءٌ مِن دَمِهِ أيضًا، بأَنْ يُقَالَ: لولا تَقْرِيبُهُ نَفسَهُ منَ المَصدومِ لمْ يَهْلَكْ، ولكنِ المُباحُ يَصْلُحُ سَببًا للضَّمانِ في حقِّ صاحِبه؛ لأنَّ المُباحاتِ تَتَقَيَّدُ بشَرْطِ السَّلامَةِ، كالنَّائمِ يَنْقَلِبُ في نَوْمِهِ علىٰ غيرِه فيُهْلِكُه؛ يَجِبُ عليه ضمانُه، فلمَّا كانَ فِعْلُ كلِّ واحدٍ منهما مُعْتبرًا في حقِّ صاحبِه، لَا في حقِّ نفسِه؛ لَمْ يسْقُطْ شيءٌ

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٤/٥٥٨].

هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا كَانَا حُرَّيْنِ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ، ....

غاية البيان

منَ الضَّمانِ، بلْ وَجَبَتْ دِيَةُ كُلِّ واحدٍ منهما كاملةً على عاقِلَةِ صاحبِه.

وفي المسائلِ المذكورةِ فِعْلُ كلِّ واحدٍ منهما مَحظورٌ لا مُباحٌ، والمَحْظورُ يَصْلحُ سَببًا للضَّمانِ، ولكنْ لَمْ يُعْتبرْ فِعْلُ كُلِّ واحدٍ منهما في إيجابِ الضَّمانِ في حقِّ نفسِه؛ لِعَدمِ الفائدةِ، فَبَقِيَ فِعْلُه مُعْتبرًا في حقِّ صاحِبه، فَوَجَبَ إيجابُ نِصفِ الضَّمانِ على عاقِلَةِ كلِّ واحدٍ، وفيما نَحْنُ فيه الفِعْلُ الواقعُ منه لِكَونِه مُباحًا، لَمْ يَنْعَقِدْ مُوجبًا للضَّمانِ في حقِّ نفسِه أَصلًا، فأُضِيفَ ضمانُه إلى صاحبِه كَمَلًا[1]. فظهرَ الفرقُ بينَ المَقِيسِ والمَقِيسِ عليه.

قالَ في «الأجناسِ»: «قالَ أبو يُوسُف في «نَوادرِ هشامٍ»: في رَجُلَينِ تَمَادَّا حَبْلًا فَوَقَعَا على وَجْهِهِمَا فماتَا جميعًا: أنَّه يَضْمَنُ كلُّ واحدٍ منهما دِيَةَ صاحِبه، ولوْ وقعَ أحدُهما على قَفَاهُ، والآخرُ على وَجْهِه فماتَا؛ ضَمِنَ صاحبُ القَفَا دِيَةَ صاحبِ الوجْهِ، وإنِ انْقَطَعَ الحَبْلُ فَوَقَعَا جميعًا على أَقْفِيَتِهِمَا فماتَا؛ ضَمِنَ القَاطِعُ دِيَتَهُما وَضَمِنَ الحَبْلُ.

فقيلَ [٨/١٨٣ظ/م] **لمُحَمَّدٍ:** إن وَقَعَا على وَجْهِهِمَا إذا قُطِعَ الحَبْلُ؟ قالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: لَا يَكُونُ هذا مِن قَطْعِ الحَبْلِ.

وقالَ مُحَمَّدٌ ﷺ في «نَوادرِ ابنْ رُسْتُمَ»: لوْ وَقَعَا على أَقْفِيَتِهِمَا وَمَاتَا؛ لَا ضَمَانَ على قَاطِعِ الحَبْلِ»[2].

قولُه: (**هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا كَانَا حُرَّيْنِ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ**)، يَعْنِي: إذا كانَ المُصْطَدِمَان حُرَّيْنِ، وقدْ تعمَّدا ذلكَ؛ يَجِبُ على عاقِلَةِ كُلِّ واحدٍ منهما نِصْفُ دِيَةِ

---

(١) يقال: أعطاهُ المالَ كَمَلًا ـ بالتحريك ـ: أيْ كامِلًا، هكذا يُتَكلَّم به في الجميع والوُحْدان سواء، لا يُثنَّى ولا يُجْمَع؛ وليسَ بمَصْدر ولا نَعْت، إنَّما هو كقوْلِكَ: أَعْطَيْته كُلَّه. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/٤٢٩].

وَلَوْ كَانَا عَبْدَيْنِ يَهْدِرُ الدَّمُ فِي الْخَطَإِ ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ تَعَلَّقَتْ بِرَقَبَتِهِ دَفْعًا وَفِدَاءً، وَقَدْ فَاتَتْ لَا إِلَىٰ خُلْفٍ مِنْ غَيْرِ فِعْلِ الْمَوْلَىٰ فَهُدِرَ ضَرُورَةً، وَكَذَا فِي الْعَمْدِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هَلَكَ بَعْدَمَا جَنَىٰ وَلَمْ يَخْلُفْ بَدَلًا .

وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا وَالْآخَرُ عَبْدًا فَفِي الْخَطَإِ تَجِبُ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الْحُرِّ الْمَقْتُولِ قِيمَةُ الْعَبْدِ فَيَأْخُذُهَا وَرَثَةُ الْمَقْتُولِ الْحُرِّ، وَيَبْطُلُ حَقُّ الْحُرِّ الْمَقْتُولِ فِي الدِّيَةِ فِيمَا زَادَ عَلَىٰ الْقِيمَةِ ؛ لِأَنَّ أَصْلَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ تَجِبُ الْقِيمَةُ عَلَىٰ الْعَاقِلَةِ لِأَنَّهُ ضَمَانُ الْآدَمِيِّ فَقَدْ أَخْلَفَ بَدَلًا بِهَذَا الْقَدْرِ فَيَأْخُذُهُ وَرَثَةُ الْحُرِّ الْمَقْتُولِ وَيَبْطُلُ مَا زَادَ عَلَيْهِ لِعَدَمِ الْخُلْفِ .

غاية البيان

الآخرِ بالاتِّفاقِ، وإذا وَقَعَ ذلكَ خطأً ؛ تَجِبُ الدِّيَةُ الكاملةُ علىٰ عاقِلَةِ كلِّ واحدٍ منهما عِندَنا خِلافًا لِزُفَرَ والشَّافِعِيِّ[١] ﷺ.

قولُه: (وَلَوْ كَانَا عَبْدَيْنِ يَهْدِرُ الدَّمُ فِي الْخَطَأِ)، يَعْنِي: إذا اصْطَدَمَ العبدانِ خَطَأً فماتَا هَدَرَ الدَّمُ ؛ لأنَّ الجِنَايَةَ تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ العبدِ الجانِي، ولهذا يُدْفَعُ فيها إلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ المَولىٰ، فلمَّا ماتَ فاتَ مَحَلُّ الجِنَايَةِ بلَا خلافٍ، ولَا يَضْمَنُ المَولىٰ شيئًا ؛ لأنَّ مَوْتَ العبدِ لَمْ يَكُنْ مِنْ فِعْلِه، وكذا الحُكْمُ فيما إذا وَقَعَ الاصْطِدَامُ عَمْدًا [٣/٤٣٦ظ] منهما جميعًا ؛ لأنَّه شَبْهُ العَمْدِ، فكانَ كالخَطَأِ، فَهَدَرَ الدَّمُ حيثُ لَمْ يُخْلِفِ العَبْدُ شيئًا ؛ لأنَّ العَبْدَ لا مالَ له، يُقَالُ: هَدَرَ دَمُهُ. أي: بَطَلَ.

قولُه: (وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا وَالْآخَرُ عَبْدًا)، يَعْنِي: إذا كانَ أحدُ المُصْطَدِمَيْنِ حُرًّا، والآخرُ عَبدًا ؛ ففي صورةِ الخَطَأِ: يَجِبُ علىٰ عاقِلَةِ الحُرِّ قِيمةُ العَبدِ ؛ لأنَّ كُلَّ شَيْءٍ مِنَ الحُرِّ فيه الدِّيَةُ ؛ ففيه القِيمةُ منَ العَبْدِ، وكلُّ شَيْءٍ منَ الحُرِّ فيه نِصْفُ الدِّيَةِ ؛ ففيه مِنَ العَبدِ نِصْفُ القِيمةِ، ثُمَّ ما وجَبَ علىٰ عاقِلَةِ الحُرِّ مِنْ قِيمةِ العَبدِ

(١) ينظر: «الأم» للشافعي [٧/٢٠٩]، و«الحاوي الكبير» للماوردي [١٢/٣٢٣].

وَفِي الْعَمْدِ يَجِبُ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الْحُرِّ نِصْفُ قِيمَةِ [٢٦٤/ر] الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْمَضْمُونَ هُوَ النِّصْفُ فِي الْعَمْدِ ، وَهَذَا الْقَدْرُ يَأْخُذُهُ وَلِيُّ الْمَقْتُولِ ، وَمَا عَلَىٰ الْعَبْدِ فِي رَقَبَتِهِ وَهُوَ نِصْفُ دِيَةِ الْحُرِّ يَسْقُطُ بِمَوْتِهِ إِلَّا قَدْرَ مَا أَخْلَفَ مِنَ الْبَدَلِ وَهُوَ نِصْفُ الْقِيمَةِ

فهوَ لِوَرَثَةِ الحُرِّ ، وَيَبْطُلُ حَقُّ الحُرِّ المقتولِ فيما زادَ من الدِّيَةِ على قيمةِ العبدِ ؛ لأنَّ العَبْدَ لم يُخْلِفْ إلَّا قَدْرَ القِيمةِ ، وبَطَلَ ما زادَ على ذلكَ ؛ لأنَّه لم يُخْلِفْ شيئًا فيما زادَ .

وأصلُ ذلكَ: ما ذكَرَه القُدُورِيُّ في «شرحِ مختصرِ الكَرْخِيِّ» ﵀ في باب أَرْشِ الجناياتِ على الرَّقِيقِ[1]: «أنَّ العَبْدَ المقتولَ خطأً يَجِبُ قِيمتُه على العاقلةِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ ﵄ .

ورُوِيَ عنْ أَبِي يُوسُفَ ﵀ أنَّه قالَ في مالِ القاتلِ: وإنَّما يَجِبُ قِيمةُ العبدِ على العاقِلَةِ عندهما ؛ لأنَّه ضَمَانُ الآدميِّ»[2] .

وعِنْدَ أبي يُوسُفَ ﵀: يَجِبُ ذلكَ على الحُرِّ ؛ لأنَّه ضَمانُ مالٍ عِندَه، وسَيَجيءُ بيانُه في مسألةِ قيمةِ العَبْدِ ، أنَّها [هلْ][3] تُبلَغُ بالِغَةً ما بَلَغَتْ بِناءً على هذه القاعدةِ: أنَّه مَضمونٌ بالقَتلِ مِنْ حيثُ إنَّه آدميٌّ ، أوْ مِنْ حيثُ إنَّه مالٌ ؟» .

قولُه: (وَفِي الْعَمْدِ يَجِبُ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الْحُرِّ نِصْفُ قِيمَةِ الْعَبْدِ) ، يَعْنِي: إذا اصْطَدَمَ الحُرُّ والعَبْدُ، وَوَقَعَ [١٨٤/٨م] ذلك منهما عَمْدًا ؛ يَجِبُ على عاقِلَةِ الحُرِّ نِصْفُ قِيمةِ العَبْدِ يأخُذُه وَرَثَةُ الحُرِّ ؛ لأنَّ المَضمونَ في صورةِ العَبْدِ نِصفُ قِيمةِ العَبْدِ ، وقدِ اختلفَ هذا القَدْرُ ، فيَبْطُلُ ما زادَ على ذلكَ مِن نِصْفِ دِيَةِ الحُرِّ ؛ لأنَّ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٢٧/ داماد] .

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» [٣٣٤/٦] ، «الاختيار» [٥/ ٥١٠ ، ٥١١] ، «تبيين الحقائق» [١٥١/٦] ، «الجوهرة النيرة» [١٨١/٢] ، «الفتاوى الهندية» [١٠٥/٦] .

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«غ» ، و«فا٢» ، و«م» ، و«ر» .

قَالَ: وَمَنْ سَاقَ دَابَّةً، فَوَقَعَ السَّرْجُ عَلَىٰ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ؛ ضَمِنَ، وَكَذَا عَلَىٰ هَذَا سَائِرُ أَدَوَاتِهِ كَاللِّجَامِ وَنَحْوِهِ، وَكَذَا مَا يَحْمِلُ عَلَيْهَا) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي هَذَا التَّسْبِيبِ، لِأَنَّ الْوُقُوعَ بِتَقْصِيرٍ مِنْهُ وَهُوَ تَرْكُ الشَّدِّ أَوْ الْإِحْكَامِ فِيهِ، بِخِلَافِ الرِّدَاءِ لِأَنَّهُ لَا يُشَدُّ فِي الْعَادَةِ، وَلِأَنَّهُ قَاصِدٌ لِحِفْظِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ كَمَا فِي الْمَحْمُولِ عَلَىٰ عَاتِقِهِ دُونَ اللِّبَاسِ عَلَىٰ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ فَيُقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ.

قَالَ: وَمَنْ قَادَ قِطَارًا؛ فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَ، فَإِنْ وَطِئَ بَعِيرٌ إِنْسَانًا ضَمِنَ بِهِ الْقَائِدُ وَالدِّيَةُ عَلَىٰ الْعَاقِلَةِ لِأَنَّ الْقَائِدَ عَلَيْهِ حِفْظُ الْقِطَارِ كَالسَّائِقِ وَقَدْ أَمْكَنَهُ

غاية البيان

ما زادَ علىٰ ذلكَ سَقَطَ بِمَوْتِ العَبْدِ مِنْ غيرِ خَلَفٍ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ سَاقَ دَابَّةً، فَوَقَعَ السَّرْجُ عَلَىٰ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ؛ ضَمِنَ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**»[1].

قالَ صاحبُ «**الهدايةِ**» ﵀: (وَعَلَىٰ هَذَا سَائِرُ أَدَوَاتِهِ[2] كَاللِّجَامِ وَنَحْوِهِ)، يَعْنِي: يَجِبُ الضَّمانُ علىٰ السَّائقِ في جميعِ ذلكَ؛ لأنَّ وُقوعَ آلاتِ الدَّابَّةِ لِتَقْصيرٍ منه؛ لأنَّه لَوْ أَحْكَمَهَا؛ لَمْ تَقَعْ فيَجِبُ الضَّمانُ، كما لوْ وَقَعَ الشَّيْءُ المَحمولُ علىٰ العاتِقِ علىٰ إنسانٍ فَقَتَلَهُ، بخلافِ الرِّداءِ المَلْبُوسِ إذا سَقَطَ فَأَتْلَفَ شيئًا، حيثُ لَا يَجِبُ الضَّمانُ إذا كانَ مِمَّا يَلْبَسُه الإنسانُ عادةً؛ لأنَّه لَا يُمْكِنُه الاحتِرازُ عنه؛ لأنَّه لَا بُدَّ له منه، والحملُ يُمْكِنُ الاحتِرازُ عنه ولَه مِنه بُدٌّ، فكانَ مَضمونًا، وتمامُ البيانِ هُنا مَرَّ في بابِ ما يُحْدِثُهُ الرَّجُلُ في الطَّريقِ عندَ قولِه: (وَمَنْ حَمَلَ شَيْئًا فِي الطَّرِيقِ، فَسَقَطَ عَلَىٰ إِنْسَانٍ فَعَطِبَ بِهِ؛ فَهُوَ ضَامِنٌ).

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ قَادَ قِطَارًا؛ فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﵀

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٥ ـ ٥١٦].

(٢) وقع في الأصل: «دوابه». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

ذَلِكَ وَقَدْ صَارَ مُتَعَدِّيًا بِالتَّقْصِيرِ فِيهِ، وَالتَّسَبُّبِ بِوَصْفِ التَّعَدِّي سَبَبٌ لِلضَّمَانِ، إِلَّا أَنَّ ضَمَانَ النَّفْسِ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِيهِ وَضَمَانُ الْمَالِ فِي مَالِهِ (وَإِنْ كَانَ مَعَهُ سَائِقٌ

غاية البيان

في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «فإنْ كانَ معه سائقٌ؛ فالضمانُ عليهما»[1].

وقالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ»: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: في الرَّجُلِ يَقُودُ قِطَارًا، فَأَوْطَأَ بَعِيرٌ مِنْهُ إِنسانًا فَقَتَلَهُ، قالَ: على عاقِلَةِ القائِدِ الدِّيَةُ»[2]، وذلكَ لأنَّ القِطَارَ بِيَدِهِ يَسِيرُ بِسَوْقِهِ، وَيَقِفُ بإيقافِه، فكانَ عليه صِيانتُه، فما حَدَثَ مِنْ ذلكَ يَكُونُ مَضمونًا عليه [٣/٤٣٧و]، فَيُضافُ إليه ما حَدَثَ مِنَ القِطارِ لِتَسْبِيبِه، فَيَصِيرُ في الحُكْمِ كأنَّه قَتَلَهُ خَطأً، فيَجِبُ على عاقِلَتِه دِيَتُهُ.

وَأَوْرَدَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ ﷺ في «شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ» سؤالًا وجوابًا فقالَ:

«فإنْ قِيلَ: لَوْ أَنَّ إنسانًا قَادَ أَعمىٰ، فَأَوْطَأَ الأعمىٰ إنسانًا فقتَلَه، هلْ يَجِبُ علىٰ القائدِ الضَّمانُ.

قيلَ له: يَنْبَغِي أَلَّا يَجِبَ؛ لأنَّ الأعمىٰ بِنفسِه مِنْ أهلِ وُجوبِ الضَّمانِ، فَفِعْلُه يُنْسَبُ إليه خاصَّةً».

وأمَّا فِعْلُ العَجماءِ: فجُبَارٌ لَا عِبْرَةَ له في حُكْمِ نَفسِه، فَفِعْلها يُنْسَبُ إلىٰ القائدِ، فإنْ كانَ معه سائقٌ؛ فالضَّمانُ عليهما؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مُقَرِّبٌ للقِطَارِ، فاشْتَرَكا في سَبَبِ الجنايَةِ.

وقالَ الْكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «فإنْ كانَ السَّائقُ في وَسطِ القِطارِ، فما أصابَ ممَّا خَلْفَ هذا السَّائقِ، وما بينَ يديه من شيءٍ؛ فهوَ [٨/١٨٤ظ/م] عليهما». إلىٰ هنا لفظُه ﷺ؛ لأنَّ ما بينَ يديه هوَ له سائقٌ، والأوَّلُ له قائدٌ، وما خَلْفَه هما له

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٩].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٧].

فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا) ؛ لِأَنَّ قَائِدَ الْوَاحِدِ قَائِدٌ لِلْكُلِّ ، وَكَذَا سَائِقُهُ لِاتِّصَالِ الْأَزِمَّةِ ،

قائدانِ ، فيَشْتَرِكانِ في الضَّمانِ.

وقالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله **أيضًا:** «وإنْ كانَ يَكُونُ أحيانًا وسطًا ، وأحيانًا يَتأَخَّرُ ، وأحيانًا يَتَقَدَّمُ ، وهوَ يَسُوقُها في ذلكَ ؛ فهوَ بمنزلةِ الأوَّلِ».

ثُمَّ قالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله: «وقالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله في «إملاء الكَيْسانِيّ[1]» رحمه الله: لو أنَّ رَجُلًا كان يقودُ قِطارًا ، وآخرُ مِن خَلْفِ القِطار يَسُوقُه ، ويزجُرُ الإبل ، فَتنزَجِرُ بِسَوْقِهِ ، وعلىٰ الإبل قومٌ في المَحامِلِ نِيامٌ ، أو غيرُ نِيامٍ ، فَوَطِئَ بَعِيرٌ إنْسانًا فقَتَلَه ؛ فالدِّيَةُ علىٰ عاقِلَةِ القائدِ والسَّائقِ والرَّاكِبين علىٰ البَعِيرِ الَّذي وَطِئَ ، وعلىٰ الرَّاكِبين جميعًا اللَّذِين قُدَّامَ البَعِير الذي وَطِئَ علىٰ عَوَاقِلِهِمْ جميعًا علىٰ عددِ الرُّءوسِ ، والكفَّارةُ علىٰ الرَّاكِبين خاصَّةً»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله.

وذلكَ لأنَّ القائدَ والسَّائقَ مُقَرِّبانِ إلىٰ الجِنايةِ ، والرُّكْبانُ أمامَ البَعِيرِ كالقادةِ لِمَا خَلْفَهم ، والرَّاكبُ علىٰ البَعِيرِ حَصَلَ التَّلَفُ بِثِقَلِهِ ، فاشتركُوا في سببِ الضَّمانِ ، فانقسمَ عليهم ، والكفَّارةُ علىٰ راكبِ البَعِيرِ الَّذي وَطِئَ خاصَّةً ؛ لأنَّ القَتْلَ بِثِقَلِهِ ، ومَن سِواهُ قاتلٌ بسببٍ.

وقالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله **أيضًا:** «ومَنْ كانَ مِنَ الرُّكْبانِ خلْفَ البَعِيرِ الَّذي وَطِئَ ؛ لَا يَزْجُرُ الإبِلَ ، ولَا يَسُوقُها راكبًا علىٰ بَعِيرٍ منها ، أوْ غيرَ راكبٍ ، فلَا ضَمانَ علىٰ أحدٍ منهم ؛ لأنَّهم لَيْسُوا بِقَادَةٍ ولَا سَاقَةٍ». إلىٰ هنا لَفْظُه رحمه الله. وذلكَ لأنَّهم لمَّا لم يَسُوقوا ، ولَم يَثُوروا ؛ صارُوا كمتاعٍ علىٰ الإبلِ.

وقالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله **أيضًا:** «وأمَّا الرُّكْبانِ أمامَ البَعِيرِ الوَاطِئِ: فإنَّهم جميعًا قادةٌ

---

(١) هو أبو عَمْرو الكَيْسانِيّ صاحب محمد. كذا جاء في حاشية: «غ» ، و«م». كما مر في كتاب الأيْمان.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤١/ داماد].

وهَذَا إِذَا كَانَ السَّائِقُ فِي جَانِبٍ [٣/٤٣٧ظ] مِنَ الْإِبِلِ.

أَمَّا إِذَا كَانَ تَوَسَّطَهَا وَأَخَذَ بِزِمَامِ وَاحِدٍ يَضْمَنُ مَا عَطِبَ بِمَا هُوَ خَلْفَهُ، وَيَضْمَنَانِ مَا تَلِفَ بِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ لِأَنَّ الْقَائِدَ لَا يَقُودُ مَا خَلْفَ السَّائِقِ لِانْفِصَامِ الزِّمَامِ، وَالسَّائِقُ يَسُوقُ مَا يَكُونُ قُدَّامَهُ.

غاية البيان

البَعِيرِ الواطِئِ، ولجميعِ ما خَلْفَهُ»[١].

وقالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «شرحِه»: «فهذا محمولٌ علىٰ أنَّهم كانوا يَفْعَلُونَ فِعْلًا في القَوْدِ، فأمَّا إذا لَمْ يَكُنْ فِعْلٌ منهم في القَوْدِ؛ فهم كالمَتاعِ، فلَا يَجِبُ عليهم الضَّمانُ، فإنَّ الإنسانَ قدْ يَكُونُ قائدًا، وإنْ لَمْ يَفْعَلِ القَوْدَ، أَلَا تَرىٰ أنَّ النَّائِمَ قدْ يَكُونُ قائدًا، ولَا يَكُونُ سائقًا إذا لَمْ يَفْعَلِ السَّوْقَ، فلذلكَ افْتَرَقَا».

قالَ في «المُغْرِبِ»: «والقِطَارُ: الإبِلُ تُقَطَّرُ علىٰ نَسَقٍ واحدٍ، والجمعُ: قُطُرٌ»[٢].

قولُه: (هَذَا إِذَا كَانَ السَّائِقُ فِي جَانِبٍ [٣/٤٣٧ظ] مِنَ الْإِبِلِ)، أي: وجوبُ الضَّمانِ علىٰ السَّائقِ والقائدِ جميعًا[٣]، فِيما[٤] إذا كانَ السَّائقُ يَسُوقُ الإبِلَ غيرَ آخِذٍ بِزِمَامِ البَعِيرِ، أمَّا إذا أَخَذَ الزِّمامَ؛ فيَكُونُ الضَّمانُ عليه في الَّذي هَلَكَ خَلْفَهُ لَا علىٰ [٨/١٨٥و/م] القائدِ المُقَدَّمِ؛ لأنَّه لمَّا انقطعَ الزِّمامُ عنِ القِطَارِ، لَمْ يَكُنِ القائدُ المُقَدَّمُ [قائدًا][٥] لِمَا خَلْفَ السَّائقِ، فأمَّا فيما هَلَكَ قُدَّامَ السَّائقِ؛ فَيَضْمَنُه السَّائقُ والقائدُ جميعًا، لاشتِراكِهما في سببِ وُجُوبِ الضَّمانِ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما مُقَرِّبٌ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤١/ داماد].
(٢) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٢/١٨٥].
(٣) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ٢٥٢]، «المبسوط» [٢٧/ ٣، ٤]، «تحفة الفقهاء» [٣/١٢٧]، «بدائع الصنائع» [٦/٣٤٤]، «فتاوىٰ قاضي خان» [٣/٤٥٥، ٤٥٦]، «تبيين الحقائق» [٦/١٥١، ١٥٢]، «الدر المختار» [٦/٦٤٧]، «تكملة البحر الرائق» [٨/٤٠٩].
(٤) وقع في الأصل: «هما». والمثبت من: «فا٢»، و«غ»، و«ن».
(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

قَالَ: وَإِنْ رَبَطَ رَجُلٌ بَعِيرًا إِلَىٰ الْقِطَارِ، وَالْقَائِدُ لَا يَعْلَمُ، فَوَطِئَ الْمَرْبُوطُ إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ؛ فَعَلَىٰ عَاقِلَةِ الْقَائِدِ الدِّيَةُ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ صِيَانَةُ الْقِطَارِ عَنْ رَبْطِ غَيْرِهِ، فَإِذَا تَرَكَ الصِّيَانَةَ صَارَ مُتَعَدِّيًا، وَفِي التَّسْبِيبِ الدِّيَةُ عَلَىٰ الْعَاقِلَةِ كَمَا فِي الْقَتْلِ الْخَطَإِ.

غاية البيان

إلىٰ الجنايةِ هذا بِسَوْقِه، وذاك بِقَوْدِه.

قولُه: (**قَالَ: وَإِنْ رَبَطَ رَجُلٌ بَعِيرًا إِلَىٰ الْقِطَارِ، وَالْقَائِدُ لَا يَعْلَمُ، فَوَطِئَ الْمَرْبُوطُ إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ؛ فَعَلَىٰ عَاقِلَةِ الْقَائِدِ الدِّيَةُ**)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**». وتمامُه فيه: «فيَرْجِعُونَ بها علىٰ عاقِلَةِ الرَّابطِ»[1].

أمَّا وُجوبُ الدِّيَةِ علىٰ عاقِلَةِ القائدِ: لأنَّ القِطارَ في يدِه، فكانَ عليه حِفْظُهُ.

وأمَّا الرُّجوعُ علىٰ عاقِلَةِ الرَّابِطِ: فلأنَّ الرَّابطَ هوَ الَّذي أَوْقَعَ القائدَ في هذه الوَرطةِ.

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ ﵀: «وهذا كما قالُوا في رَجُلٍ أَمَرَ صَبيًّا بأنْ يَقتُلَ رَجُلًا؛ فالضَّمانُ علىٰ عاقِلَةِ الصَّبيِّ، ثُمَّ يَرْجِعُ عاقِلَةُ الصَّبيِّ علىٰ عاقِلَةِ الآمِرِ، فكذا هاهنا، وهذا إذا لَمْ يَعْلَم القائدُ بِرَبْطِ البَعِيرِ، فأمَّا إذا عَلِمَ وقَادَ؛ لَا تَرْجِعُ عاقِلَةُ القائدِ علىٰ عاقِلَةِ الرَّابِطِ؛ لأنَّه ارتفعَ الغُرُورُ؛ لأنَّ القائدَ هوَ الَّذي أَوْقَعَ نفسَه في هذه الوَرطةِ، وهذا إذا رَبَطَ في حالةِ السَّيْرِ، فإنْ رَبَطَ البَعِيرَ والقِطارُ واقفٌ، ثُمَّ قَادَ صاحب القِطارِ، وهو عالمٌ بالرَّبْطِ أوَّلًا؛ لَا تَرْجِعُ عاقِلَةُ القائدِ علىٰ عاقِلَةِ الرَّابِطِ؛ لأنَّه قَادَ المَرْبُوطَ بغيرِ إِذْنِ الرَّابِطِ دلالةً، فوَجَبَ الضَّمانُ علىٰ عاقِلَةِ القائدِ، ولأنَّ الرَّابطَ تَعَدَّىٰ في الرَّبْطِ، فلمَّا قَادَ القَائدُ أَزَالَ جِنايَتَهُ عنْ مكانِها، فَزَالَ الضَّمانُ عنه، وتَعَلَّقَ بالقَائدِ، كَمَنْ وضَعَ حَجَرًا في الطَّريقِ، فَدَحْرَجَهُ آخرُ فَعَطِبَ به إنسانٌ؛ فالضَّمانُ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٧].

(ثُمَّ يَرْجِعُونَ بِهَا عَلَىٰ عَاقِلَةِ الرَّابِطِ) لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَوْقَعَهُمْ فِي هذِهِ الْعُهْدَةِ. وَإِنَّما لَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا فِي الِابْتِداءِ وَكُلٌّ مِنْهُمَا مُسَبِّبٌ لِأَنَّ الرَّبْطَ مِنَ الْقَوْدِ بِمَنْزِلَةِ التَّسَبُّبِ مِنَ الْمُبَاشَرَةِ لِاتِّصَالِ التَّلَفِ بِالْقَوْدِ دُونَ الرَّبْطِ. [٢٦٤ظ]

غاية البيان

علىٰ عاقِلَةِ الثَّاني دونَ الأوَّلِ، وليسَ كذلكَ المسألةُ الأُولىٰ؛ لأنَّه ربطَ البعيرَ والإبلَ سائِرةٌ، فوُجِدَ مِنَ الرَّابطِ الإذنُ دلالةً بِقَوْدِ المَرْبوطِ، فلذلكَ وجَبَ الرُّجوعُ علىٰ عاقِلَةِ الرَّابِطِ؛ لأنَّه صارَ سَبَبًا بِرَبْطِهِ لإيطاءِ المَرْبوطِ بِقَوْدِ القائدِ».

وقالَ الْكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «وإذا كانَ الرَّجُلُ يقودُ قِطارًا، فجاءَ رَجلٌ فَرَبَطَ إليه بَعيرًا، والقائدُ لا يَعْلَمُ، فَوَطِئَ البَعيرُ إنسانًا فقتَلَه؛ فَالدِّيَةُ علىٰ عاقِلَةِ القائدِ يَرْجِعُونَ بها علىٰ عاقِلَةِ الرَّابِطِ، ولوْ كانَتِ الإبلُ وُقوفًا لَا تُقَادُ، فجاءَ رَجلٌ فَرَبَطَ إليها بَعيرًا، والقائدُ لا يَعْلَمُ، فَقادَها وقَادَ البَعيرَ معها، فَوَطِئَ إنسانًا فَقتَله؛ فالضَّمَانُ علىٰ القائدِ علىٰ عاقِلَتِه، ولَا يَرْجِعُونَ علىٰ عاقِلَةِ الرَّابِطِ؛ لأنَّ القائدَ أَحْدَثَ عَملًا قادَ به البَعيرَ، لَمْ يَأْذَنْ له الرَّابِطُ، فإنْ كانَ القائدُ عَلِمَ بالبَعيرِ في المَسألتَيْنِ جميعًا، أنَّه [٨/١٨٥ظ/م] قدْ رَبَطَهُ إلىٰ إبِلِهِ فقادَها علىٰ ذلكَ، فَوَطِئَ البَعيرُ إنسانًا فَقَتلَه؛ فالدِّيَةُ علىٰ عاقِلَةِ القائدِ، ولا يَرْجِعُونَ علىٰ الرَّابِطِ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ ﷺ.

قولُه [٣/٤٣٨و]: (وَالْقَائِدُ لَا يَعْلَمُ)، لَا يُقَالُ: يَنْبَغِي أَلَّا يَجِبَ الضَّمانُ علىٰ عاقِلَةِ القائدِ بلَا عِلْمِ القائدِ؛ لأنَّ الجَهلَ يُزِيلُ الإثمَ لَا الضَّمانَ، كالنَّائِمِ إذ انقلَبَ علىٰ إنسانٍ فقتَلَه.

قولُه: (وَإِنَّما لَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا فِي الِابْتِدَاءِ)، أي: علىٰ القائدِ والرَّابطِ بِسَبِيلِ الشَّرِكةِ بِلَا تقديمِ وُجوبِ الضَّمان علىٰ القائدِ، وإنْ كانَ كلُّ واحدٍ منهما

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤١/ داماد].

قالوا: **هَذَا إِذَا رُبِطَ وَالْقِطَارُ يَسِيرُ**؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ بِالْقَوْدِ دَلَالَةً، فَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لَا يُمْكِنُهُ التَّحَفُّظُ مِنْ ذَلِكَ فَيَكُونُ قَرَارُ الضَّمَانِ عَلَى الرَّابِطِ.

أَمَّا إِذَا رَبَطَ وَالْإِبِلُ قِيَامٌ ثُمَّ قَادَهَا ضَمِنَهَا الْقَائِدُ لِأَنَّهُ قَادَ بَعِيرَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَا صَرِيحًا وَلَا دَلَالَةً فَلَا يَرْجِعُ بِمَا لَحِقَهُ عَلَيْهِ.

قَالَ: وَمَنْ أَرْسَلَ بَهِيمَةً، وَكَانَ لَهَا سَائِقٌ، فَأَصَابَ فِي فَوْرِهَا؛ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ انْتَقَلَ إِلَيْهِ بِوَاسِطَةِ السَّوْقِ.

غاية البيان

مُسَبِّبًا؛ لأنَّ الرَّبْطَ منَ القِيادةِ بمنزلةِ التَّسْبيبِ منَ المُباشرةِ؛ لأنَّ التَّلَفَ اتَّصلَ بالقَوْدِ دونَ الرَّبْطِ، فكانَ القَوْدُ كالمُباشَرةِ حُكْمًا؛ فَقُدِّمَ وجوبُ الضَّمانِ على الرَّابطِ إلَّا أنَّ قرارَ الضَّمانِ كانَ على الرَّابطِ؛ لأنَّ القائدَ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ، ولهذا لا رُجوعَ عليه إذا عَلِمَ القائدُ لِارْتِفاعِ الغُرورِ.

قولُه: (**هَذَا إِذَا رُبِطَ وَالْقِطَارُ**[1] **يَسِيرُ**)، أي: رجوعُ عاقِلَةِ القائدِ على عاقِلَةِ الرَّابطِ فيما إذا كانَ الرَّبْطُ في حالِ سَيْرِ القِطارِ[2]، أمَّا إذا كانَ الرَّبْطُ في حالةِ الوُقوفِ، ثُمَّ قَادَ؛ فلا رُجُوعَ بالضَّمانِ على عاقِلَةِ الرَّابِطِ، وقدْ مَرَّ بيانُهُ.

قولُه: (**قَالَ: وَمَنْ أَرْسَلَ بَهِيمَةً، وَكَانَ لَهَا سَائِقٌ، فَأَصَابَتْ فِي فَوْرِهَا؛ يَضْمَنُ**)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵃: في الرَّجُلِ يُرْسِلُ البَهيمةَ، ويَكُونُ سائقًا لها فَيُصِيبُ في فَوْرِها، قالَ: هوَ ضَامِنٌ»[3].

وقالَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵁ أيضًا: «في رَجُلٍ أَرْسَلَ طَائرًا، فَأَصَابَ في فَوْرِهِ

(١) وقع في الأصل: «في القطار وهو». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٢) وقع في الأصل: «القتال». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٣) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٧].

وَلَوْ أَرْسَلَ طَيْرًا وَسَاقَهُ فَأَصَابَ فِي فَوْرِهِ لَمْ يَضْمَنْ) وَالْفَرْقُ أَنَّ بَدَنَ الْبَهِيمَةِ يَحْتَمِلُ السَّوْقَ فَاعْتُبِرَ سَوْقُهُ وَالطَّيْرُ لَا يَحْتَمِلُ السَّوْقَ فَصَارَ وُجُودُ السَّوْقِ وَعَدَمِهِ بِمَنْزِلَةٍ، وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَ كَلْبًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ سَائِقًا لَمْ يَضْمَنْ، وَلَوْ أَرْسَلَهُ إِلَىٰ صَيْدٍ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ سَائِقًا فَأَخَذَ الصَّيْدَ وَقَتَلَهُ حَلَّ.

غاية البيان

ذلكَ، قالَ: لا ضَمَانَ عليه، وكذلكَ الَّذي يُرْسِلُ كَلْبَهُ، ولَمْ يَكُنْ له سائقًا، فَأَصَابَ في فَوْرِهِ؛ لمْ يَكُنْ عليه ضَمانٌ»[١]. إلىٰ هنا لفظُ مُحَمَّدٍ ﷺ في أصْلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

قالَ الصَّدرُ الشَّهيدُ وغيرُه ﷺ: «أرادَ بالبَهيمةِ: الكلبَ، وأرادَ بكونِه سائقًا: أَنْ يَكُونَ خَلْفَهُ؛ وذلكَ لأنَّ الكلبَ يَحْتَمِلُ السَّوْقَ كسائرِ الدَّوابِّ، فأُضِيفَ إليه».

أمَّا البَازِي: فلَا يَحْتَمِلُ السَّوْقَ؛ لأنَّ سائقَ الطَّائرِ لَا يَكُونُ إلَّا الطَّائرُ، إلَّا أنَّه أُضِيفَ إلىٰ المُرْسِلِ في حقِّ حِلِّ الصَّيدِ ضرورةَ إباحةِ الاصْطِيادِ بالبَازِي والكَلبِ، ولا ضَرورةَ في حقِّ الضَّمانِ، وكذلكَ لوْ أَشْلَىٰ[٢] كَلبًا علىٰ رَجُلٍ حتَّىٰ عَقَرَهُ، أوْ مَزَّقَ ثيابَه؛ لَا يَضْمَنُ إلَّا أن يَسُوقَهُ، أرادَ به: إنْ كانَ خَلْفَهُ، لِما مَرَّ.

وقيلَ: إذا لم يَكُنْ خَلْفَه فعَقَرَ، أوْ تَعَلَّقَ بإنسانٍ، إنْ كانَ غيرَ مُعَلَّمٍ لَا يَضْمَنُ؛ لأنَّ غَيرَ المُعَلَّمِ إنَّما يَذْهَبُ بِطَبْعِ نفسِه لَا بالإرسالِ، وإنْ كانَ مُعَلَّمًا، فإنْ ذهبَ يمينًا وشمالًا ومَالَ عنِ الوجهِ الَّذي أرسلَه، ثُمَّ أَتْلَفَ إنسانًا لا يَضْمَنُ؛ لأنَّه إذا مَالَ إلىٰ [٨/١٨٦و/م] اليمينِ والشمالِ، فإنَّما ذَهَبَ بِطَبْعِ نفسِه، فلَا يُضَافُ إلىٰ السَّائقِ، وإنْ أصابَه منَ الوجهِ الَّذي ساقَه وأرسلَه كانَ ضامنًا؛ لأنَّه ذهَبَ بإرسالِ صاحبِه، فكانَ مُضافًا إلىٰ المُرْسِلِ. كذا ذَكَرَ فَخْرُ الدِّينِ قَاضِي خَان ﷺ.

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) أشلَيْتُ الكلبَ للصيد: دعوتُه إشلاءً، وأما أشلَيْتُه بالصيد وعلىٰ الصيد بمعنىٰ أغرَيْتُه: فقد أنكره ثعلب وأجازه غيره. وقد تقدم التعريف بذلك.

وجه الْفَرْقِ أَنَّ الْبَهِيمَةَ مُخْتَارَةٌ فِي فِعْلِهَا وَلَا تَصْلُحُ نَائِبَةً عَنْ الْمُرْسِلِ فَلَا يُضَافُ فِعْلُهَا إلَىٰ غَيْرِهَا ، هَذَا هُوَ الْحَقِيقَةُ ، إلَّا أَنَّ الْحَاجَةَ مَسَّتْ فِي الِاصْطِيَادِ فَأُضِيفَ إلَىٰ الْمُرْسِلِ لِأَنَّ الِاصْطِيَادَ مَشْرُوعٌ وَلَا طَرِيقَ لَهُ سِوَاهُ وَلَا حَاجَةَ فِي حَقِّ ضَمَانِ الْعُدْوَانِ . وعن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَوْجَبَ الضَّمَانَ فِي هَذَا كُلِّهِ احْتِيَاطًا

غاية البيان

وقالَ الصَّدرُ الشَّهيدُ ﵀ في «شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ»: «وذكرَ أبو اللَّيثِ ﵀ في شرحِ «الجامعِ الصَّغيرِ»: أنَّه إذا أرسلَ بَهيمةً ـ يَعْنِي: كلبًا ـ ولَمْ يَكُنْ سائقًا لها، فَأَصَابَتْ مِنْ فَوْرِها إنسانًا؛ فالَّذي أرسلَها يَضْمَنُ [٤٣٨/٣ظ]. قالَ: لأنَّه إذا أرسلَها وإنْ لمْ يَكُنْ خَلْفَها، فما دامَتْ في فَوْرِها؛ فكأنَّه خَلْفَها.

لكنْ نصَّ هاهنا ـ أي: نَصَّ مُحَمَّدٌ في «الجامعِ الصَّغيرِ» ـ: أنَّه إذا أرسلَ كلبًا، ولَمْ يَكُنْ سائقًا، فأصابَ في فَوْرِهِ؛ لَا يَضْمَنُ.

وَنَصَّ في «الزِّياداتِ»: أنَّه يَضْمَنُ، لكنْ وَضَعَ المسألةَ في الصَّيدِ، وأشارَ إلىٰ أنَّ الإرسالَ بمنزلةِ السَّوْقِ، فكانَ هذا مُؤيدًا لِقَوْلِ الفقيهِ أبي اللَّيثِ ﵀ وعليه الفتوىٰ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الصَّدْرِ الشَّهْيدِ.

وقالَ الحاكمُ الشَّهيدُ ﵀ في «الكافي»: «وإذا أَرْسَلَ الرَّجُلُ دابَّتَه في طريقِ المسلمينَ، فما أَصَابَتْ في وَجْهِها ذلكَ؛ فهوَ ضَامِنٌ كما يَضْمَنُ الَّذي سَاقَ»[2].

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﵀ في «شرحِ الكافي»: «يُرِيدُ به إذا أَرْسَلَهُ وَضَرَبَهُ، أوْ زَجَرَهُ عندَ ذلكَ حتَّىٰ يَصِيرَ له سائقًا، فإذا أصابَ في فَوْرِهِ ذلكَ؛ أُخِذَ بِهِ؛ لأنَّ إرْسَالَه سَوْقٌ منه، فما دامَ يَسِيرُ في سَنَنِهِ[3]؛ فذاكَ مِن آثارِ

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص٦٠٨].
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٢٢].
(٣) أي: في نَهْجه وجِهَته. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٢٣٢/٣٥/ مادة: سنن].

صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ. قَالَ - رحمه الله -: وَذُكِرَ فِي «الْمَبْسُوطِ» إِذَا أَرْسَلَ دَابَّةً فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَأَصَابَتْ فِي فَوْرِهَا فَالْمُرْسِلُ ضَامِنٌ؛ لِأَنَّ سَيْرَهَا مُضَافٌ إِلَيْهِ مَا دَامَتْ تَسِيرُ عَلَىٰ سَنَنِهَا، وَلَوْ انْعَطَفَتْ يَمْنَةً أَوْ يَسْرَةً انْقَطَعَ حُكْمُ الْإِرْسَالِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ طَرِيقٌ آخَرُ سِوَاهُ وَكَذَا إِذَا وَقَفَتْ ثُمَّ سَارَتْ.

بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَتْ بَعْدَ الْإِرْسَالِ فِي الِاصْطِيَادِ، ثُمَّ سَارَتْ فَأَخَذَتْ الصَّيْدَ، لِأَنَّ تِلْكَ الْوَقْفَةَ تَحَقُّقُ مَقْصُودِ الْمُرْسِلِ لِأَنَّهُ لِتَمَكُّنِهِ مِنْ الصَّيْدِ، وَهَذِهِ

غاية البيان

سَوْقِهِ، فما أصابَ في تلكَ الحالةِ يُضَافُ إليه، وإنِ انْعَطَفَ يمينًا وشمالًا؛ فلا ضَمَانَ عليه؛ لأنَّ انْعِطَافَهُ ليسَ مِن أَثرِ سَوْقِهِ، بلْ شَيْءٌ يَبْتَدِئُ به بِنَشاطِه، إلَّا ألَّا يَكُونَ له طريقٌ غيرُ الَّذي أَخَذَتْ فيه، فيَكُونُ ضامنًا؛ لأنَّ ذلكَ مُضافٌ إلىٰ سَوْقِ السَّائِقِ أيضًا.

وإنْ وَقَفَتْ ثُمَّ سارَتْ خرَجَ منَ الضَّمَانِ؛ لأنَّ إرسالَه انتَهَىٰ بالوُقوفِ، ثُمَّ سَيْرُها بعدَ ذلكَ ابتداءُ أَمْرٍ منها، فلَا يُضَافُ إليه، وإنْ رَدَّهَا رَادٌّ، فالَّذي رَدَّهَا ضامنٌ لِمَا أَصَابَتْ في فَوْرِها ذلكَ؛ لأنَّه سائِقٌ لها، ولَا يَرْجِعُ علىٰ سائقِها بما ضَمِنَ، إلَّا إذا كانَ بِأَمْرِهِ، فَحِينئذٍ يَرْجِعُ عليه، وإذا خَلَّىٰ عنها وَأَوْقَفَهَا، فَسَارَتْ هيَ بِنَفْسِها، فلَا ضَمَانَ عليه؛ لأنَّه غيرُ مُضافٍ إلىٰ فِعْلِ أحدٍ». كذا في «**شرحِ الكافي**».

قولُه: (**وَكَذَا إِذَا وَقَفَتْ ثُمَّ سَارَتْ**)، عَطْفٌ علىٰ قولِه: (**انْقَطَعَ حُكْمُ الْإِرْسَالِ**).

قولُه: (**بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَتْ بَعْدَ الْإِرْسَالِ فِي** [٨/١٨٦ظ/م] **الِاصْطِيَادِ، ثُمَّ سَارَتْ**)، يَعْنِي: لَا يَنْقَطِعُ حُكْمُ الإرسالِ حتَّىٰ إذا أَخَذَ الكلبُ الصَّيدَ، أو أَخَذَهُ الفَهْدُ بعدَ الوَقْفَةِ يَحِلُّ ذلكَ؛ لأنَّ تِلكَ الوَقْفَةَ للاحتيالِ مِنْ أَخْذِ الصَّيْدِ، ويُحَقِّقُ ذلكَ مَقصودَ المُرْسِلِ.

أَمَّا الوَقْفَةُ منَ الدَّابَّةِ بعدَ الإرسالِ، لَا لِلاصْطِيادِ، فَمُنَافِيَةٌ مَقصودَ المُرْسِلِ؛ لأنَّ مقصودَه هوَ السَّيْرُ لَا الوقوفُ، فيَنْقَطِعُ حُكْمُ الإرسالِ بالوَقْفَةِ، فكانَتِ الوَقْفَتَانِ

تُنَافِي مَقْصُودَ الْمُرْسِلِ وَهُوَ السَّيْرُ فَيَنْقَطِعُ حُكْمُ الْإِرْسَالِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَرْسَلَهُ إِلَىٰ صَيْدٍ، فَأَصَابَ إِنْسَانًا، أَوْ مَالًا فِي فَوْرِهِ؛ لَا يَضْمَنُهُ، وَفِي الْإِرْسَالِ فِي الطَّرِيقِ يَضْمَنُهُ؛ لِأَنَّ شَغْلَ الطَّرِيقِ تَعَدٍّ فَيَضْمَنُ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ، أَمَّا الْإِرْسَالُ لِلِاصْطِيَادِ فَمُبَاحٌ وَلَا تَسْبِيبَ إِلَّا بِوَصْفِ التَّعَدِّي.

وَلَوْ أَرْسَلَ بَهِيمَةً، فَأَفْسَدَتْ زَرْعًا عَلَىٰ [٢٦٥/و] فَوْرِهِ؛ ضَمِنَ الْمُرْسِلُ،

غاية البيان

علىٰ طَرَفَي نَقِيضٍ مِنْ تحقيقِ مقصودِ المُرسلِ ومُنَافَاتِه.

قولُه: (وَهَذِهِ الْوَقْفَةُ)، أي: وَقْفَةُ الدَّابَّةِ بعدَ الإرسالِ لَا الاصطيادِ.

قولُه: (وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَرْسَلَهُ إِلَىٰ صَيْدٍ، فَأَصَابَ إِنْسَانًا، أَوْ مَالًا فِي فَوْرِهِ؛ لَا يَضْمَنُهُ، وَفِي الْإِرْسَالِ فِي الطَّرِيقِ يَضْمَنُهُ).

يُريدُ بهذا الفرقِ بينَ الإرسالَيْنِ: الإرسالِ إلىٰ الصَّيدِ، والإرسالِ في الطَّريقِ.

ففي الأوَّل: لَا ضَمَانَ عليه، وفي الثَّاني: يَجِبُ الضَّمَانُ إذا كانَ علىٰ الفَوْرِ؛ لأنَّ المُسَبِّبَ إنَّما يَضْمَنُ إذا وُجِدَ منه التَّعَدِّي وإلَّا فَلَا، ففي الإرسالِ إلىٰ الصَّيدِ لَمْ يُوجَدِ التَّعَدِّي؛ لأنَّه أَمْرٌ مُبَاحٌ، وفي الإرسالِ في الطَّريقِ وُجِدَ التَّعَدِّي؛ لأنَّه شَغَلَ طريقَ المُسلمينَ.

وقالُوا في رَجلٍ له كَلْبٌ عَقُورٌ، كُلَّما مَرَّ عليه شيءٌ عَضَّهُ: فَلِأَهْلِ القَريةِ أن يَقْتُلُوهُ، فإنْ عَضَّ، هلْ يَجِبُ الضَّمانُ علىٰ صاحبِه؟ إنْ لَمْ يَتَقَدَّمُوا إليه قَبْلَ [٤٣٩/٣و] العَضِّ؛ لَا ضَمَانَ عليه، وإنْ كَانُوا تَقَدَّمُوا إلىٰ صاحبِ الكَلْبِ؛ فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ بِمَنْزِلَةِ الحائطِ المائلِ.

قولُه: (وَلَوْ أَرْسَلَ بَهِيمَةً، فَأَفْسَدَتْ زَرْعًا عَلَىٰ فَوْرِهِ؛ ضَمِنَ الْمُرْسِلُ). ذَكرَه تَفريعًا إلىٰ قولِه: (شَاةٌ لِقَصَّابٍ)، وقولُه: (عَلَىٰ فَوْرِه)، أي: علىٰ فَوْرِ الإرسالِ، والمرادُ منه: ألَّا تَنْقَلِبَ يمينًا ولا شمالًا.

وَإِنْ مَالَتْ يَمِينًا أَوْ شِمَالًا وَلَهُ طَرِيقٌ آخَرُ لَا يَضْمَنُ لِمَا مَرَّ.

وَلَوِ انْفَلَتَتِ الدَّابَّةُ، فَأَصَابَتْ مَالًا، أَوْ آدَمِيًّا لَيْلًا أَوْ نَهَارًا؛ لَا ضَمَانَ عَلَىٰ صَاحِبِهَا؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ». قال محمد: هِيَ الْمُنْفَلِتَةُ، وَلِأَنَّ

غاية البيان

قالَ في «الفتاوىٰ الصُّغرىٰ»: «أرسلَ حِمارَه، فدخلَ زَرْعَ إنسانٍ فَأَفْسَدَهُ، إنْ ساقَهُ إلىٰ الزَّرْعِ ضَمِنَ، وإن لم يَسُقْهَا، بأن لَمْ يَكُنْ خَلْفَها، لكنْ لَمْ تَنْعَطِفِ الدَّابَّةُ يمينًا ولا شمالًا، وَذَهَبَ إلىٰ الوجهِ الَّذي أرسلَهُ صاحِبُه، فَأَصَابَ الزَّرْعَ؛ ضَمِنَ أيضًا، وإنِ انْعَطَفَ يمينًا وشمالًا، فَأَصَابَ الزَّرْعَ، إنْ كانَ له طريقٌ آخرُ؛ لم يَضْمَنْ، وإلَّا يَضْمَنُ في «زديَاداتِ شيخِ الإسلامِ».

وفي غَصْبِ «النَّوازلِ»: «صاحبُ الزَّرعِ إذا قالَ لِرَبِّ الدَّابَّةِ: إنَّ دَابَّتَكَ في زَرْعِي، فَأَخْرَجَهَا؛ فهوَ ضَامِنٌ لِما أَفْسَدَتْ في حالِ إخراجِها، وإنْ أخبَرَه وَأَمَرَهُ بإخْراجِها؛ فلَا ضَمَانَ عليه؛ لأنَّه فَعَلَ بِأَمْرِهِ. هذا اختيارُ الفقيهِ أبي اللَّيثِ ﵀.

وكانَ أبو نصرٍ يَقُولُ: يَضْمَنُ في الوجهِ الأخيرِ أيضًا»[1].

قولُه: (لِمَا مَرَّ)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (انْقَطَعَ حُكْمُ الْإِرْسَالِ).

قولُه: (وَلَوِ انْفَلَتَتِ[2] الدَّابَّةُ، فَأَصَابَتْ [١٨٧/٨و/م] مَالًا، أَوْ آدَمِيًّا لَيْلًا أَوْ نَهَارًا؛ لَا ضَمَانَ عَلَىٰ صَاحِبِهَا؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ»[3]).

قالَ مُحَمَّدٌ ﵀: «هيَ المُنْفلتةُ»[4]، أي: تفسيرُ العَجْماءِ الَّتي جُرْحُهَا جُبَارٌ

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٢٦٠، ٢٦١].

(٢) وقع في الأصل: «انقلبت». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

(٣) أخرجه: البخاري في كتاب الديات/باب العجماء جبار [رقم/٦٥١٥]، ومسلم في كتاب الحدود/باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار [رقم/١٧١٠]، وغيرهما من حديث أبي هريرة ﵁ به نحوه في سياق أتم.

(٤) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٥٥٩/٤].

الْفِعْلَ غَيْرُ مُضَافٍ إِلَيْهِ لِعَدَمِ مَا يُوجِبُ النِّسْبَةَ إِلَيْهِ مِنَ الْإِرْسَالِ وَأَخَوَاتِهِ.

قَالَ: شَاةٌ لِقَصَّابٍ فُقِئَتْ عَيْنُهَا؛ فَفِيهَا مَا نَقَصَهَا؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا هُوَ اللَّحْمُ فَلَا يُعْتَبَرُ إِلَّا النُّقْصَانُ.

غاية البيان

هِيَ الْمُنْفَلِتَةُ؛ لأنَّ الدَّابَّةَ إذا أَتْلَفَتْ شيئًا على فَوْرِ الإرسالِ؛ يَجِبُ الضَّمَانُ، ولَا يَكُونُ جُبارًا.

قالَ في «الفتاوى الصُّغرى»: «دابَّةٌ لِرَجُلٍ ذهبَتْ ليلًا أو نهارًا بِغيرِ إرسالِه، فَأَفْسَدَتْ زَرْعَ رَجُلٍ؛ لَا ضَمانَ عليه؛ لأنَّه لم يَجْنِ، إنَّما ذَهَبَتْ دابَّتُهُ بِغَيْرِ صُنْعٍ، وقدْ قالَ اللهُ تعالى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [البقرة: ١٩٣].

وقالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله: إن كانَتْ ذَهَبَتْ لَيْلًا؛ يَضْمَنُ، وإن كانَتْ ذَهَبَتْ نَهارًا؛ لَا يَضْمَنُ»[١][٢].

وقالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «شرحِه»: «وسواءٌ كانَ انْفِلَاتُها[٣] في مِلْكِ صاحبِها، أوْ في الطَّرِيقِ، أوْ في مِلْكِ غيرِه؛ لأنَّه لَا صُنْعَ في انْفِلَاتِها[٣] له، ولَا يُمْكِنُه الاحتِرازُ منْ فِعْلِها، فلَا يَضْمَنُ ما تَوَلَّدَ منه».

قولُه: (مِنَ الْإِرْسَالِ وَأَخَوَاتِهِ)، الضَّميرُ راجعٌ إلى الإرسالِ، وأرادَ بِأَخواتِ الإرسالِ القَوْدَ، والسَّوْقَ، والرُّكُوبَ.

قولُه: (قَالَ: شَاةٌ لِقَصَّابٍ فُقِئَتْ عَيْنُهَا؛ فَفِيهَا مَا نَقَصَهَا)، أي: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في شاةِ القَصَّابِ،

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١٣/٤٦٦]، و«البيان» للعمراني [١٢/٨٤].
(٢) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/٢٦١].
(٣) وقع في الأصل: «انفلابها». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(وَفِي عَيْنِ بَقَرَةِ الْجَزَّارِ وَجَزُورِهِ رُبْعُ الْقِيمَةِ، وَكَذَا فِي عَيْنِ الْحِمَارِ وَالْبَغْلِ وَالْفَرَسِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِيهِ النُّقْصَانُ أَيْضًا اعْتِبَارًا بِالشَّاةِ.

غاية البيان

وَبَقَرَةِ الجَزَّارِ، وجَزُورِ الجَزَّارِ يُفْقَأُ عَينُ كل واحدة مِنْهُنَّ، قالَ في الشَّاةِ ما نَقَصَهَا، وفي البَقَرةِ رُبعُ قِيمتِها، وفي البَعِيرِ رُبعُ قِيمتِه»[1]. إلى هنا لفظُ أصلِ **«الجامعِ الصَّغيرِ»**.

قالَ فَخْرُ الإسلامِ ﵀: «وإنَّما وَضَعَ المسألةَ هكذا على هذا الوجهِ؛ لِيُبَيِّنَ أنَّ الكُلَّ وإنْ كُنَّ لِلَّحْمِ؛ فإنَّ الجوابَ مع ذلكَ مُخْتَلِفٌ، والفَرَسُ والحِمارُ والبَغْلُ مثلُ البَعِيرِ والبَقَرةِ».

وقالَ النَّاطِفِيُّ ﵀ **في كتابِ «الأجناسِ»**: «وقالَ أبو يُوسُفَ ﵀ في ذلكَ كُلِّهِ: عليه ما نَقَصَهُ في جَميعِ البَهَائِمِ»[2].

[٣/٤٣٩ظ] وقالَ فخرُ الدِّينِ قَاضِي خَان ﵀ في **«شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ»**: «وقالَ الشَّافِعِيُّ ﵁: يَجِبُ النُّقْصَانُ؛ لأنَّ الواجبَ ضَمانُ المالِ دونَ النَّفْسِ، فَيَتَقَدَّرُ بنُقْصانِ الماليَّةِ كما في الشَّاةِ، وأصحابُنا ﵏ احتَجُّوا بما رَوَىٰ خَارِجَةُ بنُ زَيْدِ بنِ ثَابِتٍ عنْ أبيه ﵄ عنْ رسولِ اللهِ ﷺ: أنَّه أَوْجَبَ ذلكَ.

ورُوِيَ عنْ عُمرَ ﵁: أنَّه قَضَىٰ بذلكَ أيضًا، فتَرَكْنا القياسَ بهذه الآثارِ في الجَزُورِ، وأَخَذْنا بالقياسِ في الشَّاةِ؛ لأنَّ الشَّاةَ لَا تَعْمَلُ، ولَا تُرْكَبُ، ولَا يُحْمَلُ عليها، بَلْ يُنْتَفعُ بها مالًا، فتُضْمَنُ بالنُّقصانِ منْ غيرِ تقديرٍ، فأمَّا ما ذَكَرْنا مِن أنَّ البهائمَ تُرْكَبُ، ويُحْمَلُ عليها وتَعْمَلُ، لكنَّها عاملةٌ لبني آدمَ [٨/١٨٧ظ/م]، فَأَشْبَهَتِ الإنسانَ منْ وَجْهٍ، والشَّاةَ منْ وَجْهٍ، فوَجَبَ تَنْصِيفُ التَّقديرِ الواجبِ في الإنسانِ عَمَلًا بالشَّبَهَيْنِ، فوَجَبَ الرُّبُعُ بِشَبَهِ الإنسانِ، وسَقَطَ الرُّبُعُ بِشَبَهِ الشَّاةِ، ولأنَّ سائرَ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٧].

(٢) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/٤١٣].

وَلَنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَضَىٰ فِي عَيْنِ الدَّابَّةِ بِرُبْعِ الْقِيمَةِ» وهكذا قَضَىٰ عُمَرُ - رضي الله عنه -، وَلِأَنَّ فِيهَا مَقَاصِدَ سِوَىٰ اللَّحْمِ كَالْحَمْلِ وَالرُّكُوبِ وَالزِّينَةِ وَالْجَمَالِ وَالْعَمَلِ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ تُشْبِهُ الْآدَمِيَّ وَقَدْ تُمْسَكُ لِلْأَكْلِ، فَمِنْ هذا الْوَجْهِ تُشْبِهُ الْمَأْكُولَاتِ فَعَمِلْنَا بِالشَّبَهَيْنِ بِشَبَهِ الْآدَمِيِّ فِي إِيجَابِ الرُّبْعِ وَبِالشَّبَهِ الْآخَرِ فِي نَفْيِ النِّصْفِ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يُمْكِنُ إِقَامَةُ الْعَمَلِ بِهَا بِأَرْبَعَةِ أَعْيُنٍ عَيْنَاهَا وَعَيْنَا الْمُسْتَعْمِلِ فَكَأَنَّهَا ذَاتُ أَعْيُنٍ أَرْبَعَةٍ فَيَجِبُ الرُّبْعُ بِفَوَاتِ أَحَدِهَا.

وَمَنْ سَارَ عَلَىٰ دَابَّتِهِ فِي الطَّرِيقِ فَضَرَبَهَا رَجُلٌ، أَوْ نَخَسَهَا فَنَفَحَتْ رَجُلًا، أَوْ ضَرَبَتْهُ بِيَدِهَا، أَوْ نَفَرَتْ مِنْهُ، فَصَدَمَتْهُ فَقَتَلَتْهُ؛ كَانَ ذَلِكَ عَلَىٰ النَّاخِسِ دُونَ الرَّاكِبِ هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ - رضي الله عنهما -، وَلِأَنَّ الرَّاكِبَ وَالْمَرْكَبَ

غاية البيان

البهائمِ لَا تَعْمَلُ لبني آدمَ إِلَّا بأربعةِ أَعْيُنٍ: عَيْناها، وعَيْنَا الآدميِّ الَّذي يَسْتَعْمِلُها، فصارَ كأنَّ لها أربعةَ أَعْيُنٍ، فوَجَبَ في العَينِ الواحدةِ رُبُعُ القِيمةِ».

قالَ فخرُ الإسلام رحمه الله: «والمُعتمدُ هوَ التَّعليلُ الأوَّلُ؛ لأنَّ العَيْنَيْنِ لَا تُضْمَنَانِ بِنصْفِ القِيمةِ». يَعْنِي: لوْ كانَ يُعْتَمَدُ على التَّعليلِ الثَّاني: لَوَجَبَ نِصْفُ القِيمةِ في فَقْئِهِمَا جميعًا، وليسَ كذلكَ، بَلْ يَجِبُ القيمةُ فيهما، وإذا ثَبَتَ ما قُلْنا: ثَبَتَ أنَّ التَّفَاوُتَ لَا يَبْطُلُ بالتَّعْيينِ للذَّبْحِ والنَّحْرِ، فلذلكَ اسْتوىٰ التَّعْيينُ لذلكَ وعدمُه.

قولُه: (وَمَنْ سَارَ عَلَىٰ دَابَّتِهِ فِي الطَّرِيقِ فَضَرَبَهَا رَجُلٌ، أَوْ نَخَسَهَا فَنَفَحَتْ رَجُلًا، أَوْ ضَرَبَتْهُ بِيَدِهَا، أَوْ نَفَرَتْ مِنْهُ، فَصَدَمَتْهُ فَقَتَلَتْهُ؛ كَانَ ذَلِكَ عَلَىٰ النَّاخِسِ دُونَ الرَّاكِبِ).

والمسائلُ المَذكورةُ مِنْ هذا الموضعِ إلىٰ البابِ ليسَتْ بمَذكورةٍ في «**البدايةِ**»، وهيَ منْ مسائلِ «**الأصلِ**»، ذكَرها هُنا تَفريعًا.

وقالَ في «الأصلِ»: «وإذا سَارَ الرَّجُلُ على دابَّتِه في الطَّريقِ، فَنَخَسَهَا رَجُلٌ،

مَدْفُوعَانِ بِدَفْعِ النَّاخِسِ فَأُضِيفَ فِعْلُ الدَّابَّةِ إِلَيْهِ كَأَنَّهُ فَعَلَهُ بِيَدِهِ، وَلِأَنَّ النَّاخِسَ مُتَعَدٍّ فِي تَسْبِيبِهِ وَالرَّاكِبُ فِي فِعْلِهِ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فَيَتَرَجَّحُ جَانِبُهُ فِي التَّغْرِيمِ لِلتَّعَدِّي، حَتَّىٰ لَوْ كَانَ وَاقِفًا دَابَّتَهُ عَلَى الطَّرِيقِ يَكُونُ وَالنَّاخِسِ نِصْفَيْنِ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي الْإِيقَافِ أَيْضًا.

وَإِنْ نَفَحَتِ النَّاخِسَ؛ كَانَ دَمُهُ هَدَرًا؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْجَانِي عَلَىٰ نَفْسِهِ (وَإِنْ

غاية البيان

أَوْ ضَرَبَها، فَنَفَحَتْ[1] رَجُلًا فقَتَلَتْه؛ كانَ ذلكَ علىٰ النَّاخِسِ دونَ الرَّاكبِ، قالَ: بَلَغَنَا ذلكَ عنْ عُمرَ وعبدِ اللهِ بنِ مَسْعودٍ رضي الله عنهما»[2].

ولأنَّ الدَّابَّةَ بالنَّخْسِ صارتْ مَدفوعةً علىٰ ذلكَ؛ فأُضِيفَ فِعْلُها إلىٰ النَّاخِسِ، أو يُقَالُ: سَبَّبَ النَّاخِسُ لذلكَ، علىٰ معنىٰ أنَّه لولَا نَخْسُهُ لَمَا فَعَلَ ذلكَ، وهوَ مُتَعَدٍّ فيه، ولَا ضَمانَ علىٰ الرَّاكِبِ؛ لأنَّه لَا صُنْعَ لَه فيه.

ولَا يُقَالُ: قدْ قالَ في هذا البابِ قبْلَ هذا: (**وَقَالَ أَكْثَرُ الْمَشَايِخِ** رحمهم الله: **إنَّ السَّائِقَ لَا يَضْمَنُ النَّفْحَةَ**)، أي: بالرِّجْلِ والذَّنَبِ، وعَلَّلَ بأنَّها لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عنه، فكانَ يَنْبَغِي علىٰ هذا ألَّا يَضْمَنَ النَّاخِسُ النَّفْحَةَ.

لأنَّا نَقُولُ: ذلكَ إذا كانَ مَأذونًا، أمَّا إذا كانَ مُتَعَدِّيًا: فلَا فَرْقَ بينَ ما يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عنه، وبينَ ما لا يُمْكِنُ، بَلْ يَجِبُ عليه الضَّمانُ للتَّعَدِّي في التَّسْبِيبِ حتَّىٰ لوْ كانَ النَّاخِسُ بإذْنِ الرَّاكِبِ - وهوَ يَسيرٌ - فلَا ضَمانَ في النَّفْحَةِ؛ لِعَدَمِ التَّعَدِّي لَا علىٰ النَّاخِسِ [٣/٤٤٠و] ولَا علىٰ الرَّاكِبِ.

قولُه: (وَإِنْ نَفَحَتِ النَّاخِسَ؛ كَانَ دَمُهُ هَدَرًا).

---

(١) نَفَحَتِ الدَّابَّةُ الشَّيْءَ؛ إذا ضَرَبَتْهُ بِحَافِرِ فَرَسِهَا. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٤/ ٥٦٠].

والخبر أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/ ١٧٨٧١]، وابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/ ٢٧٩٥٨]، عن ابن مسعود رضي الله عنه.

وذكره الزيلعي في «نصب الراية» [٤/ ٣٨٨]: عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما، ثم قال: «غريب».

أَلْقَتْ الرَّاكِبَ فَقَتَلَتْهُ كَانَ دِيَتُهُ عَلَىٰ عَاقِلَةِ النَّاخِسِ) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي تَسْبِيبِهِ وَفِيهِ الدِّيَةُ [٢٦٥/ظ] عَلَىٰ الْعَاقِلَةِ.

وَلَوْ وَثَبَتْ بِنَخْسِهِ عَلَىٰ رَجُلٍ أَوْ وَطِئَتْهُ فَقَتَلَتْهُ كَانَ ذَلِكَ عَلَىٰ النَّاخِسِ دُونَ الرَّاكِبِ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَالْوَاقِفُ فِي مِلْكِهِ وَالَّذِي يَسِيرُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَىٰ النَّاخِسِ وَالرَّاكِبِ نِصْفَيْنِ، لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِثِقَلِ الرَّاكِبِ وَوَطْءِ الدَّابَّةِ، وَالثَّانِي مُضَافٌ إلَىٰ النَّاخِسِ فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا.

وَإِنْ نَخَسَهَا بِإِذْنِ الرَّاكِبِ؛ كَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ فِعْلِ الرَّاكِبِ لَوْ نَخَسَهَا، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي نَفْحَتِهَا؛ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِمَا يَمْلِكُهُ، إذْ النَّخْسُ فِي مَعْنَىٰ السَّوْقِ فَصَحَّ أَمْرُهُ بِهِ، وَانْتَقَلَ إلَيْهِ لِمَعْنَىٰ الْأَمْرِ.

غاية البيان

قالَ في «**شرحِ الكافي**»: «ولوْ نَفَحَتِ النَّاخِسَ؛ كانَ دَمُهُ هَدَرًا، كأَنَّه قَتَلَ نَفْسَهُ، ولوْ أَلْقَتِ الرَّاكِبَ منْ تِلكَ النَّخْسَةِ فَقَتَلَتْهُ؛ كانَتْ دِيَتُهُ علىٰ عاقِلَةِ النَّاخِسِ؛ لأنَّه هوَ الَّذي حَمَلَهَا علىٰ ذلكَ، فصارَ كأنَّه هوَ المُلْقِي إيَّاها».

قالَ [٨/١٨٨و/م] في «**شرحِ الكافي**»: «وكذلكَ لوْ وَثَبَتْ مِنْ نَخْسِهِ علىٰ رَجُلٍ فَقَتَلَتْهُ، أوْ أَوْطَأَتْ رَجُلًا فَقَتَلَتْهُ؛ لأنَّه كالمُلْقِي للدَّابَّةِ علىٰ ذلكَ الَّذي وَطِئَتْهُ، أوْ وَثَبَتْ عليه، والواقفُ في مِلْكِه، والَّذي يَسِيرُ سَواءٌ؛ لأنَّ مَعنىٰ الحَمْلِ لا يَخْتَلِفُ، فيَجِبُ الضَّمَانُ علىٰ النَّاخِسِ».

قولُه: (**وَإِنْ نَخَسَهَا بِإِذْنِ الرَّاكِبِ؛ كَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ فِعْلِ الرَّاكِبِ لَوْ نَخَسَهَا، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي نَفْحَتِهَا**).

وذلكَ لأنَّه مِنْ جُملةِ السَّوْقِ، والرَّاكِبُ يَمْلِكُ ذلكَ، فكذا غيرُه بإذْنِه، فلمْ

وَلَوْ وَطِئَتْ رَجُلًا فِي سَيْرِهَا، وَقَدْ نَخَسَهَا النَّاخِسُ بِإِذْنِ الرَّاكِبِ؛ فَالدِّيَةُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا إِذَا كَانَتْفِي فَوْرِهَا الَّذِي نَخَسَهَا؛ لِأَنَّ سَيْرَهَا فِي تِلْكَ الْحَالَةِ مُضَافٌ إِلَيْهِمَا، وَالْإِذْنُ يَتَنَاوَلُ فِعْلَهُ مِنْ حَيْثُ السَّوْقُ وَلَا يَتَنَاوَلُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِتْلَافٌ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ، وَالرُّكُوبُ وَإِنْ كَانَ عِلَّةً لِلْوَطْءِ فَالنَّخْسُ

غاية البيان

يَبْقَ فِعْلُه تَعَدِّيًا، فلَا يَضْمَنُ كما لوْ فَعَلَ الرَّاكِبُ بِنَفْسِهِ.

قولُه: (وَلَوْ وَطِئَتْ رَجُلًا فِي سَيْرِهَا، وَقَدْ نَخَسَهَا النَّاخِسُ بِإِذْنِ الرَّاكِبِ؛ فَالدِّيَةُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا إِذَا كَانَتْفِي فَوْرِهَا الَّذِي نَخَسَهَا)، وذلكَ لأنَّ سَيْرَها في تلكَ الحالةِ مُضافٌ إلى النَّاخِسِ والرَّاكِبِ جميعًا، فما حَدَثَ مِنْ ذلكَ يَكُونُ عليهما جميعًا.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «قالَ في الكتابِ: لأنَّهما الآنَ سائقٌ وراكبٌ، والحُكْمُ في الرَّاكِبِ معَ السَّائقِ هكذا إذا كانَ السَّوْقُ بإِذْنِه».

ثُمَّ قالَ شيخُ الإسلامِ: «وفيه إشكالٌ مِنْ وَجهيْنِ:

أحدُهما: إنَّه إذا نَخَسَ بإِذْنِه، أو ساقَ بإِذْنِه؛ يَنْبَغِي ألَّا يُؤْخَذَ به؛ لأنَّه لَا يَبْقَى مُتَعَدِّيًا في حقِّ فِعْلِ الوَطْءِ؛ لأنَّه يَنْقِلُ الفِعلَ إلى الرَّاكِبِ.

قلْنا: إذنُه إنَّما يَصِحُّ مِنْ حيثُ إنَّه سَوْقٌ، لَا مِنْ حيثُ إنَّه إتلافٌ، فإذا ظَهَرَ أنَّ له أثرًا في مَحلٍّ آخرَ؛ ثَبَتَ أنَّه مُتَعَدٍّ فيه.

والثَّاني: إنَّ الرَّاكِبَ صاحبُ عِلَّةٍ، والسَّائقَ والنَّاخِسَ صاحبُ شَرْطٍ في حَقِّ الحُكْمِ، وإضافةُ الحُكْمِ إلى العِلَّةِ أَولى منْ إضافتِه إلى الشَّرْطِ.

قلْنا: إنَّما يَقَعُ تَرجيحُ العِلَّةِ على الشَّرطِ إذا كانَ الشَّرْطُ شَرْطُ تلكَ العِلَّةِ، أمَّا إذا كانَ شَرْطُ عِلَّةٍ أُخرى، والعِلَّةُ في محلٍّ آخرَ؛ لا يَقَعُ به التَّرجيحُ، ألَا تَرى أنَّ

لَيْسَ بِشَرْطٍ لِهَذِهِ الْعِلَّةِ بَلْ هُوَ شَرْطٌ أَوْ عِلَّةٌ لِلسَّيْرِ وَالسَّيْرُ عِلَّةٌ لِلْوَطْءِ وَبِهَذَا لَا يَتَرَجَّحُ صَاحِبُ الْعِلَّةِ، كَمَنْ جَرَحَ إِنْسَانًا فَوَقَعَ فِي بِئْرٍ حَفَرَهَا غَيْرُهُ عَلَىٰ قَارِعَةِ الطَّرِيقِ وَمَاتَ فَالدِّيَةُ عَلَيْهِمَا لِمَا أَنَّ الْحَفْرَ شَرْطُ عِلَّةٍ أُخْرَىٰ دُونَ عِلَّةِ الْجُرْحِ كَذَا هَذَا.

غاية البيان

مَنْ جَرَحَ إنسانًا ثُمَّ سَقَطَ المَجروحُ في البئرِ فماتَ بالسُّقوطِ والجرْحِ جميعًا؛ يَجِبُ الدِّيةُ عليهما، ولَا يُقَالُ: أحدُهما صاحبُ عِلَّةٍ، والآخرُ صاحبُ شَرْطٍ، لِمَا أنَّ الجرحَ عِلَّةٌ في محلٍّ، والحَفْرُ شَرْطُ عِلَّةٍ في محلٍّ آخرَ.

وهاهنا كذلكَ، فإنَّ الرَّاكبَ صاحبُ عِلَّةٍ في نَفْسِ الوَطْءِ علىٰ [مَعنىٰ][1] أنَّه مُسْتَعْمِلٌ لِرِجْلِ الدَّابَّةِ في الوضعِ والدَّفعِ، فصارَ ذلكَ بِمنزلةِ فِعْلِ رِجْلِهِ حقيقةً، إذْ رِجْلُ الدَّابَّةِ آلةٌ مَحْضَةٌ بمنزلةِ سائرِ آلاتِ عَمَلِه، والنَّاخِسُ ليسَ بمُحَصِّلٍ شَرْطَ تلكَ العِلَّةِ، بلْ هوَ مُحَصِّلٌ شَرْطَ السَّيرِ، والسَّيْرُ عِلَّةُ الوطءِ، فصارَ بمنزلةِ مُحَصِّلِ [١٨٨/٨ظ/م] عِلَّةِ العِلَّةِ، والحُكْمُ لا يَمْتَنِعُ إضافتُه إلىٰ عِلَّةِ العِلَّةِ مع كونِه مضافًا إلىٰ حقيقةِ العِلَّةِ، فلهذا أَوْجَبْنَا الدِّيَةَ علىٰ عاقلتِهما».

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ رحمه الله في «**شرحِ الكافي**»: «إنَّه هلْ يَرْجِعُ النَّاخِسُ والسَّائقُ علىٰ الرَّاكبِ؟ إذا فعَل ذلكَ [٤٤٠/٣ظ] بإذْنه يَنْبَغِي أنْ يَرْجِعَ؛ لأنَّه فَعَلَ بِأَمْرِهِ، والأمرُ صحيحٌ ظاهرًا، فيرْجع بِوَبَالِ فِعْلِهِ علىٰ غيرِه كالمُودعِ ونحوِه، وقِيلَ: لا يَرجعُ».

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» رحمه الله: (**وَهُوَ الْأَصَحُّ فِيمَا أَرَاهُ**)، أي: فيما أظنُّه، وذلكَ لأنَّه أَمَرَهُ بالنَّخْسِ لَا بالإيطاءِ، وقدْ يَنْفَصِلَانِ؛ لأنَّه لَا يَلْزَمُ مِنْ وُجودِ النَّخْسِ وجودُ الإيطاءِ لَا مَحالةَ، وصارَ كما إذا أَمَرَ صَبِيًّا يَسْتَمْسِكُ علىٰ الدَّابَّةِ بِتَسْيِيرِ الدَّابَّةِ،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

ثُمَّ قِيلَ: يَرْجِعُ النَّاخِسُ عَلَى الرَّاكِبِ بِمَا ضَمِنَ فِي الْإِيطَاءِ لِأَنَّهُ فَعَلَهُ بِأَمْرِهِ. وَقِيلَ: لَا يَرْجِعُ وَهُوَ الْأَصَحُّ فِيمَا أَرَاهُ، لِأَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ بِالْإِيطَاءِ وَالنَّخْسُ يَنْفَصِلُ عَنْهُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَمَرَ صَبِيًّا يَسْتَمْسِكُ عَلَى الدَّابَّةِ بِتَسْيِيرِهَا فَوَطِئَتْ إِنْسَانًا وَمَاتَ حَتَّى ضَمَّنَ عَاقِلَةَ الصَّبِيِّ فَإِنَّهُمْ لَا يَرْجِعُونَ عَلَى الْآمِرِ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ

غاية البيان

فَوَطِئَتِ الدَّابَّةُ إنسانًا فَقَتَلَتْهُ؛ يَلْزَمُ الدِّيَةُ على العاقِلَةِ، ولَا يَرْجِعُونَ بها على الآمِرِ؛ لأنَّه أَمَرَ بالتَّسْيِيرِ لَا بالإيطاءِ، وهما مُنْفَصلانِ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في «**شرحِ الكافي**» في بابِ جِنايَةِ الصَّبِيِّ: «وإذا حَمَلَ الرَّجُلُ الصَبِيَّ الحُرَّ على دابَّةٍ، وقالَ له: امْسِكْهَا لي، وليسَ منه بِسَبِيلٍ، فَسَقَطَ الصَّبِيُّ عنِ الدَّابَّةِ فماتَ؛ فالرَّجُلُ ضامِنٌ لِدِيَتِهِ على عاقِلَتِه، سواءٌ كانَ صَبِيًّا يَرْكَبُ مِثلُه، أوْ لَا يَرْكبُ مِثلُه؛ لأنَّ الحامِلَ سَبَّبَ لِقَتْلِهِ؛ لأنَّه لولا حَمْلُه لَمَا سَقَطَ وهوَ مُتَعَدٍّ في ذلكَ إذا لَمْ يَكُنْ بِسَبِيلٍ منه شَرعًا، والمُسَبِّبُ كالمُباشِرِ في هذا البابِ إذا كانَ مُتَعَدِّيًا، أصْلُه: حافِرُ البِئرِ.

ولوْ سَار الصَّبِيُّ فَأَوْطَأَ إنسانًا فقتَلَه، وهوَ يَسِيرُ على الدَّابَّةِ يَسْتَمْسِكُ على الدَّابَّةِ؛ فَدِيَةُ القَتِيلِ على عاقِلَتِه؛ لأنَّه أَحْدَثَ السَّيْرَ بِغَيْرِ أَمْرِ الرَّجُلِ، يُرِيدُ به أنَّه مُختارٌ في تَسْيِيرِ الدَّابَّةِ، وهذا شيءٌ حَدَثَ بِسَيْرِ الدَّابَّةِ، وهوَ مُضافٌ إلى الصَّبِيِّ لا إلى الحامِلِ؛ لأنَّ الحملَ ليسَ بسببٍ لِسَيْرِ الدَّابَّةِ، ولوْ كانَ سَببًا فقدِ اعترضَ عليه فِعْلُ فاعلٍ مُختارٍ، فانقطعَ نِسبةُ أثرِ السَّيْرِ منه.

ولوْ كانَ الصَّبِيُّ لَا يَسْتَمْسِكُ على الدَّابَّةِ، ولَا يُسَيِّرُ الدَّابَّةَ، فَدَمُ القتيلِ هَدَرٌ؛ لأنَّ سَيْرَ الدَّابَّةِ لَا يُضافُ إليه، ولَا إلى الحاملِ، فصارَ قَتيلَ الدَّابَّةِ، فَيُهْدرُ دَمُهُ، ولوْ كانَ الصَّبِيُّ مُسْتَمسكًا عليها، أوْ غيرَ مُسْتَمسكٍ، فسارَتِ الدَّابَّةُ فَوَقَعَ الصَّبِيُّ، وهوَ يَسِيرُ فماتَ؛ فَدِيَتُهُ على عاقِلَةِ الَّذي حَمَلَهُ؛ لأنَّ السُّقوطَ مِن مُسَبِّباتِ الحَمْلِ

بِالتَّسْيِيرِ وَالْإِيطَاءُ يَنْفَصِلُ عَنْهُ، وَكَذَا إِذَا نَاوَلَهُ سِلَاحًا فَقَتَلَ بِهِ آخَرَ حَتَّىٰ ضَمِنَ؛ لَا يَرْجِعُ عَلَىٰ الْآمِرِ.

ثُمَّ النَّاخِسُ إِنَّمَا يَضْمَنُ إِذَا كَانَ الْإِيطَاءُ عَلَىٰ فَوْرِ النَّخْسِ حَتَّىٰ يَكُونَ السَّوْقُ مُضَافًا إِلَيْهِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي فَوْرِ ذَلِكَ فَالضَّمَانُ عَلَىٰ الرَّاكِبِ لِانْقِطَاعِ أَثَرِ النَّخْسِ فَبَقِيَ السَّوْقُ مُضَافًا إِلَىٰ الرَّاكِبِ عَلَىٰ الْكَمَالِ.

غاية البيان

سارَ أوْ لَمْ يَسِرْ، فَنُسِبَ إلىٰ الحَمْلِ بشرْطِ التَّعَدِّي». والباقي يُعْلَمُ في «شرحِ الكافي».

قولُه: (وَكَذَا إِذَا نَاوَلَهُ سِلَاحًا فَقَتَلَ بِهِ آخَرَ حَتَّىٰ ضَمِنَ؛ لَا يَرْجِعُ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الْآمِرِ).

قالَ شيخُ [١٨٩/٨و/م] الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِيجَابيُّ رحمه الله في «شرحِ الكافي»: «ولوْ أَمَرَ رَجُلٌ صَبِيًّا فَقَتَلَ رَجُلًا؛ كانَتِ الدِّيَةُ علىٰ عاقِلَةِ الصَّبِيِّ؛ لِتَحَقُّقِ القَتلِ منه، وهيَ علىٰ العاقِلَةِ؛ لأنَّ عَمْدَهُ وخَطَأَهُ سواءٌ، ويَرْجِعُونَ بهِ علىٰ عاقِلَةِ الآمِرِ؛ لأنَّهم إنَّما أَوْقَعُوا في هذا الضَّمانِ بسببِ أَمْرِه، ولولا أمْرُه لَمَا بَاشَرَ الصَّبِيُّ هذا الأَمْرَ».

ثُمَّ قالَ في «شرحِ الكافي»: «وإذا أعطىٰ الرَّجُلُ الصَّبِيَّ عَصًىٰ أو سِلاحًا، ولم يأمُرْه بشيءٍ، فَعَطِبَ الصَّبِيُّ بذلكَ؛ فَضَمَانُهُ علىٰ عاقِلَةِ الرَّجُلِ؛ لأنَّه سببٌ لِهلاكِه، فلولَا دَفْعُه الآلَةَ القاتلةَ لَمَا عَطِبَ به، والدِّيَةُ تَجِبُ بالسَّبَبِ المَحْضِ، كما تَجِبُ بالمُباشرةِ، وإنْ قَتَلَ الصَّبِيُّ نفْسَه بذلكَ، أوْ قَتَلَ به رَجلًا؛ لَمْ يَضْمَنِ الدَّافِعُ شيئًا؛ لأنَّه مُخْتَارٌ في استعمالِ هذه الآلةِ، فلَا يُضافُ استعمالُه إلىٰ الدَّافعِ، فكذا أَثَرُهُ».

قولُه: (ثُمَّ النَّاخِسُ إِنَّمَا يَضْمَنُ إِذَا [٤٤١/٣و] كَانَ الْإِيطَاءُ عَلَىٰ فَوْرِ النَّخْسِ حَتَّىٰ يَكُونَ السَّوْقُ مُضَافًا إِلَيْهِ).

قالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «ولَا يَكُونُ علىٰ النَّاخِسِ ضَمَانٌ حتَّىٰ يُعْلَمَ

وَمَنْ قَادَ دَابَّةً فَنَخَسَهَا رَجُلٌ، فَانْفَلَتَتْ مِنْ يَدِ [٢٦٦/أ] الْقَائِدِ فَأَصَابَتْ فِي فَوْرِهَا؛ فَهُوَ عَلَى النَّاخِسِ وَكَذَا إِذَا كَانَ لَهَا سَائِقٌ فَنَخَسَهَا غَيْرُهُ؛ لِأَنَّهُ مُضَافٌ إِلَيْهِ.

وَالنَّاخِسُ إِذَا كَانَ عَبْدًا؛ فَالضَّمَانُ فِي رَقَبَتِهِ كَانَ صَبِيًّا فَفِي مَالِهِ لِأَنَّهُمَا مُؤَاخَذَانِ بِأَفْعَالِهِمَا، وَلَوْ نَخَسَهَا شَيْءٌ مَنْصُوبٌ عَلَى الطَّرِيقِ، فَنَفَحَتْ إِنْسَانًا فَقَتَلَتْهُ؛ فَالضَّمَانُ عَلَى مَنْ نَصَبَ ذَلِكَ الشَّيْءَ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ بِشَغْلِ الطَّرِيقِ فَأُضِيفَ إِلَيْهِ كَأَنَّهُ نَخَسَهَا بِفِعْلِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

أنَّ الَّذي أصابَتْ كانَتْ في فَوْرِهَا الَّذي نَخَسَ فيه»[١].

قولُه: (وَمَنْ[٢] قَادَ دَابَّةً فَنَخَسَهَا رَجُلٌ، فَانْفَلَتَتْ مِنْ يَدِ الْقَائِدِ فَأَصَابَتْ فِي فَوْرِهَا؛ فَهُوَ عَلَى النَّاخِسِ). وذلكَ لأنَّ الانفلاتَ أثَرُ فِعْلِ النَّاخِسِ، وهوَ شَرْطُ التَّلَفِ فيما أصابَتْ في فَوْرِهَا، وهوَ مُتَعَدٍّ فيَضْمَنَ، وكذا إذا كانَ له سائقٌ فَنَخَسَهَا غيرُه بِغَيرِ إذْنِه؛ يَجِبُ الضَّمانُ على النَّاخِسِ لا غيرَ، فلوْ أَمَرَهُ القائدُ أو السَّائقُ بالنَّخْسِ؛ فلَا ضَمَانَ على أَحَدٍ لِعَدَمِ التَّعَدِّي، وبه صرَّحَ في «شرحِ الكافي».

قولُه: (وَالنَّاخِسُ إِذَا كَانَ عَبْدًا؛ فَالضَّمَانُ فِي رَقَبَتِهِ)، أي: في رَقَبَةِ العبدِ؛ لأنَّه كالجِنايةِ بِيَدِه يَدْفَعُه مولاه، أوْ يَفْدِي كما هوَ الأصلُ في جِناياتِه، ولوْ كانَ النَّاخِسُ صَبِيًّا فهوَ كالرَّجُلِ؛ لأنَّه يُؤْخَذُ بأفعالِه كالبالغِ.

قولُه: (وَلَوْ نَخَسَهَا شَيْءٌ مَنْصُوبٌ عَلَى الطَّرِيقِ، فَنَفَحَتْ إِنْسَانًا فَقَتَلَتْهُ؛ فَالضَّمَانُ عَلَى مَنْ نَصَبَ ذَلِكَ الشَّيْءَ)، وذلكَ لأنَّه بالنَّصْبِ حَصَلَ شَرْطُ التَّلَفِ؛ لأنَّه لولا هذا لَمَا نَفَحَتِ الدَّابَّةُ، وهوَ مُتَعَدٍّ فيه، فيُؤْخَذ به.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤١/ داماد].

(٢) وقع في الأصل: «قال: ومن». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

. . . .

قالَ في «**شرحِ الكافي**»: «وإذا كانَ الرَّجُلُ يسيرُ علىٰ الدَّابَّةِ في الطَّريقِ، وَأَمَرَ عَبْدَ غَيْرِهِ بِنَخْسِ دابَّتِه، فَنَفَحَتْ؛ فلَا ضمانَ علىٰ واحدٍ منهما، كأنَّه نَخَسَ بنفسِه، وإنْ وَطِئَتْ في فَوْرِها ذلكَ إنسانًا فقَتلَتْه؛ فعلىٰ عاقِلَة الرَّاكِبِ نِصْفُ الدِّيَةِ، وفي عُنُقِ العبدِ نِصْفُ الدِّيَة يَدْفَعُه مولاه به أوْ يَفْدِيه [٨/١٨٩ظ/م]، ثُمَّ يَرْجِعُ بقيمتِه علىٰ الَّذي أَمَرَهُ بالنَّخْسِ.

وكذلكَ لَوْ أَمَرَهُ بالسَّوْقِ أَوْ بالقَوْدِ؛ لأنَّه لمَّا استعمَلَه في أَمْرٍ، فَعَمِلَ بِأَمْرِهِ؛ صارَ غاصِبًا إيَّاه، وقدْ لَحِقَهُ ضمانٌ، فيَرْجِعُ مولاه بذلكَ عليه؛ لأنَّه يَلْزَمُه أنْ يَرُدَّه إليه سليمًا، وقدْ رَدَّه مَشغولًا، فلَا يَكُونُ رادًّا معنىٰ، فلهذا يَرْجع عليه بالأقلِّ مِنْ قيمتِه وممَّا فدَا، ولوْ كانَ الرَّاكبُ عَبدًا، فَأَمَرَ عبدًا آخرَ فساقَ دابَّتَه، فَأَوْطَأَتْ إنسانًا فقَتلَتْه؛ فالدِّيةُ علىٰ أعناقِهما نِصفَيْنِ؛ لأنَّ التَّلَفَ مُضافٌ إليهما.

ولا شيءَ علىٰ الرَّاكبِ فيما أَمَرَ به إذا كانَ مَحجورًا عليه حتَّىٰ يَعْتِقَ، فيَكُونُ عليه قِيمةُ المأمورِ؛ لأنَّ المحجورَ لَا يُؤاخَذُ بأقوالِه، [لأنَّه لَا][1] يُعْتَبَرُ قولُه في حقِّ المَولىٰ، فلَا يُؤْخَذُ به حتَّىٰ يَعْتِقَ، ولوْ كانَ تاجرًا، أوْ مُكاتَبًا أخذَ به؛ لأنَّهما مِنْ أهْلِ أنْ يَلْزَمَهُما حُكْمُ الأقوالِ».

---

(١) وقع في الأصل: «ولا». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

بَابُ
جِنَايَةُ الْمَمْلُوكِ وَالْجِنَايَةُ عَلَيْهِ

قَالَ: وَإِذَا جَنَىٰ الْعَبْدُ جِنَايَةً خطأً، قِيلَ لِمَوْلَاهُ: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ بِهَا، أَوْ تَفْدِيَهُ.

بَابُ
جِنَايَةُ الْمَمْلُوكِ وَالْجِنَايَةُ عَلَيْهِ

لمَّا فَرَغَ مِنْ جِنايةِ المالكِ ـ وهوَ الحُرُّ ـ: شَرَعَ في جِنايةِ المَملوكِ، وأَخَّرَ ذِكْرَها لِانْحِطَاطِ رُتْبَةِ المَملوكِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا جَنَىٰ الْعَبْدُ جِنَايَةً خَطَأً، قِيلَ لِمَوْلَاهُ: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ بِهَا، أَوْ تَفْدِيَهُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[١].

قالَ الشيخُ أبو الحسنِ الْكَرْخِيُّ رحمه الله **في «مختصره»**: «وإذا جَنىٰ عَبْدٌ علىٰ حُرٍّ، أوْ علىٰ عَبْدٍ جنايةً خطأً في نَفْسٍ، أوْ فيما دونَها، يَقِلُّ أَرْشُها، أوْ يَكْثُرُ؛ فذلكَ في رَقَبَةِ العَبدِ الجاني ليسَ في ذِمَّةِ المَولىٰ منه شيءٌ، ويُقالُ للمَولىٰ: ادْفَعْه بجِنايتِه، أوِ افْدِهِ بجميعِ أَرْشِ الجِنايةِ، قليلًا كانَ الأرشُ أوْ كثيرًا بَالغًا ما بلَغَ»[٢]. إلىٰ [٣/٤٤١ظ] هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله.

وقالَ القُدُورِيُّ رحمه الله **في «شرحِه»**: «وقالَ الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه في جِنايةِ العَبْدِ: يُباعُ فيها إلَّا أنْ يَفْدِيَهُ المَولىٰ»[٣].

وذكَرَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِيجَابيُّ رحمه الله في **«شرحِ الكافي»**: «مذهبُ مالكٍ رضي الله عنه كذلكَ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٩٠].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٥/ داماد].

(٣) ينظر: «الأم» للشافعي [٤١/٧]، و«الحاوي الكبير» للماوردي [٥٠/٨].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: جِنَايَتُهُ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهَا إلَّا أَنْ يَقْضِيَ الْمَوْلَىٰ الْأَرْشَ، وَفَائِدَةُ الِاخْتِلَافِ فِي اتِّبَاعِ الْجَانِي بَعْدَ الْعِتْقِ. وَالْمَسْأَلَةُ مُخْتَلِفَةٌ بَيْنَ الصَّحَابَةِ رضي الله عنهم.

غاية البيان

وقالَ: قالَ مالكٌ: «يَجِبُ ذلكَ في عُنُقِ العَبدِ يُباعُ فيه إلَّا أنْ يَقْضِيَ السَّيِّدُ»(١).

وقالَ الْخِرَقِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «وإذا جَنَىٰ العبدُ: فَعَلَىٰ سَيِّدِهِ أنْ يَفْدِيَهُ، أوْ يُسَلِّمَهُ، فإن كانَتِ الجنايةُ أكثرَ مِنْ قيمةِ العبدِ؛ لَمْ يَكُنْ علىٰ السَّيِّدِ أنْ يَفْدِيَهُ بأكثرَ مِنْ قِيمتِه»(٢).

وقالَ(٣) في «إشاراتِ الأسرارِ»: «جِنايةُ العَبْدِ إذا أَوْجَبَتْ مالًا؛ كانَ مُوجبُها الدَّفعَ، وله أنْ يَتَخَلَّصَ بالفِداءِ».

وقالَ الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه: «يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ ويُباعُ فيه، كما في ضَمانِ الاستهلاكِ [٨/١٩٠و/م] في الأموالِ»(٤). والخلافُ يَظْهَرُ في اتِّباعِه بعدَ العَتاقِ عندَ الخصمِ.

وجهُ قولِ مالكٍ والشَّافِعِيِّ رضي الله عنهما: أَنَّ الأصلَ في ضمانِ الإتلافِ: أَنْ يَجِبَ علىٰ المُتْلِفِ، وإنَّما وَجَبَ في الأحرارِ علىٰ العاقِلَةِ، بخلافِ القياسِ، وهذا ليسَ في معناه؛ لأنَّ العَبْدَ لَا عاقِلَةَ له، فيَجِبُ عليه؛ لأنَّه هوَ الجاني، فيُباعُ فيها، ويُسْتَوفَىٰ الباقي بعدَ العِتْقِ.

ولنا: ما رَوَىٰ أصحابُنا رحمهم الله في كُتُبهم كَالْقُدُورِيِّ وغيرِه: عن ابنِ عباسٍ رضي الله عنهما

---

(١) ينظر: «مواهب الجليل» للحطاب [٦/٢٦٥]، و«منح الجليل» لعُلَيْش [٩/١٦٧].

(٢) ينظر: «مختصر الخرقي» [ص/١١٨].

(٣) ألحَقَ بعْده مُصَحِّحًا في حاشية الأصل: «الكَرْخِيّ». ولم يَثْبُت في أيٍّ مِن النُّسَخ. وهو خطأ، فكتاب «إشارات الأسرار» لركْن الدِّين عبد الرحمن بن محمد الكرْمَانِيّ، كما في «كشف الظنون» [١/٨١]. و«هدية العارفين» للبغدادي [١/٥١٩].

(٤) ينظر: «الأم» للشافعي [٧/٤١]، و«الحاوي الكبير» للماوردي [٨/٥٠].

لَهُ أَنَّ الْأَصْلَ فِي مُوجِبِ الْجِنَايَةِ أَنْ يَجِبَ عَلَى الْمُتْلِفِ لِأَنَّهُ هُوَ الْجَانِي، إِلَّا أَنَّ الْعَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُ عَنْهُ، وَلَا عَاقِلَةَ لِلْعَبْدِ لِأَنَّ الْعَقْلَ عِنْدِي بِالْقَرَابَةِ وَلَا قَرَابَةَ

غاية البيان

أنَّه قالَ: «إذا جَنى العبدُ، إنْ شاءَ دَفَعَهُ، وإنْ شاءَ فَدَاهُ»[١].

وعن عُمَرَ رضي الله عنه أنَّه قالَ: «عَبِيدُ النَّاسِ أَمْوَالُهُمْ، وَجِنَايَتُهُمْ فِي قِيمَتِهِمْ»[٢]. وعنْ عَلِيٍّ رضي الله عنه مثلُه.

ولأنَّ هذه جِنايةُ خطإٍ، فيَكُونُ مُوجبها على مَنْ يَنْصُرُهُ قياسًا على الحُرِّ، وهذا لأنَّ الشَّرْعَ إنَّما أوْجَبَ في جِنايةِ الحُرِّ على العاقِلَة نظرًا للخاطِئِ، لِعَجْزِهِ عن أداءِ ما لَزِمَه لكثرتِه، فحملَ[٣] الدِّيَةَ، وألزمَها على العاقِلَةِ تَخفيفًا [له][٤]؛ لأنَّهم أهلُ نُصْرَتِه، وهذا المعنى موجودٌ هنا أيضًا؛ لأنَّ عَجْزَ العَبْدِ أَظهرُ منْ عَجْزِ الحُرِّ، والمَولى يَتحمَّلُ عنه عادةً ما يُبْرِئُهُ بطريقِ النُّصْرَةِ، إلَّا أنَّا لَمْ نُلْزِمِ الضَّمانَ على المَولى حَتْمًا؛ لأنَّه ربَّما لَا يَقْدِرُ على ذلكَ؛ لأنَّه واحدٌ كالجاني، فجَعَلْنا المَولى مُخَيَّرًا: فإنْ شاءَ دَفعَه إلى أولياءِ الجنايةِ، وإنْ شاءَ فدَاه تَخفيفًا للمَولى؛ لأنَّ في التَّخييرِ نَوْعُ تَخفيفٍ.

ثُمَّ إذا دَفَعَه إلى وَلِيِّ الجِناية، أوْ خَلَّى بينَه وبينَه سقطَتِ المطالبةُ كجنايةِ العبدِ، ولأنَّ المَولى إنَّما يُطالَبُ بالجِناية لِأَجْلِ مِلْكِه، فإذا أسقطَ حَقَّه عنه؛ زالتِ المُطالبةُ، كالوارثِ إذا خلَّى بينَ الغُرَماءِ وبينَ التَّركةِ، وكذا إذا فَدَى تَسْقطُ المُطالبةُ؛ لأنَّه لَا حقَّ لِوَلِيِّ الجِنايةِ إلَّا في الأَرْشِ، فإذا استوفاه سَقَطَ حقُّه.

---

(١) لم نَقِف عليه من قول ابن عباس رضي الله عنه، وإنما وَقَفْنا عليه مِن قول عَلِيّ رضي الله عنه، وذلك فيما أخرجه: ابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/٢٧١٧٩]، من طريق: الشعبي عن الحارث عن عَلِيّ رضي الله عنه به نحوه.

(٢) لم نقف عليه مسندًا. وقد ذكره السرخسي في «المبسوط» [٤٤/٢٧].

(٣) وقع في الأصل: «لكثرة تحمل». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

بَيْنَ الْعَبْدِ وَمَوْلَاهُ فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ كَمَا فِي الدَّيْنِ[١]. وَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ كَمَا فِي الْجِنَايَةِ عَلَىٰ الْمَالِ.

وَلَنَا أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْجِنَايَةِ عَلَىٰ الْآدَمِيِّ حَالَةَ الْخَطَإِ أَنْ تَتَبَاعَدَ عَنْ الْجَانِي تَحَرُّزًا عَنْ اسْتِئْصَالِهِ وَالْإِجْحَافِ بِهِ، إذْ هُوَ مَعْذُورٌ فِيهِ حَيْثُ لَمْ يَتَعَمَّدْ الْجِنَايَةَ،

غاية البيان

وقدِ اختلفَ مشايخُنا ﵏ في المُوجبِ الأصليِّ، قالَ بعضُهم: الواجبُ الأصلُ هوَ الفداءُ، واختارَه شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِيجَابيُّ ﵀ في «شرحِ الكافي»؛ لأنَّ الأصلَ هوَ ضمانُ المُتْلَفِ، ولكنِ الدَّفعُ مخْلَصٌ عنه.

وقالَ بعضُهم: إنَّه الدَّفعُ، وإليه مَالَ [٣/٤٤٢و] صاحبُ «الهدايةِ»، وصاحبُ «الإشاراتِ» ﵀، بدليلِ أنَّ المطالبةَ تَسْقُطُ عنِ المَولىٰ إذا ماتَ العبدُ قبلَ اختيارِ المَولىٰ الفِداءَ، فلوْ لَمْ يَكُنِ الواجبُ الأصلُ هوَ الدَّفعُ؛ لم تسْقُطِ المُطالبةُ.

قولُه: (كَمَا فِي الدَّيْنِ)، يَعْنِي: يَجِبُ ضمانُ جنايةِ العبدِ في النَّفسِ في ذِمَّتِهِ، كما يَجِبُ الدَّيْنُ في ذِمَّتِهِ.

[وفي بعضِ النُّسخِ: «كَمَا فِي الذِّمِّيِّ[٢]». يَعْنِي: أنَّ جنايةَ العبدِ خطأً تَجِبُ في ذِمَّتِهِ][٣]، كما [تَجِبُ][٣] في الذِّمِّيِّ إذا جَنىٰ؛ يَجِبُ في ذِمَّتِهِ لَا علىٰ [٨/١٩٠ظ/م] عاقِلَتِه؛ لأنَّ الأصلَ في الجنايةِ أنْ يَجِبَ علىٰ المُتْلِفِ.

وهذه النُّسخةُ أصحُّ النُّسختَيْنِ؛ لأنَّ المُصَنِّفَ اشتغلَ بجوابِ هذه، حيثُ قالَ بخلافِ الذِّمِّيِّ؛ لأنَّهم لَا يتعاقَلُون فيما بينهم. أي لَا يَتَناصَرُونَ، فلَا عاقِلَةَ له [إذْن][٣]؛ لأنَّ العَقْلَ بالنُّصْرَةِ.

قولُه: (وَالْإِجْحَافِ بِهِ)، أي: الإضرارِ به.

---

(١) في حاشية الأصل: «خ: الذمي».

(٢) أشار إليه المؤلف أيضًا في حاشية النسخة التي بخطه من «الهداية» [٢/ ق ٢٦٦/ أ/مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

وَتَجِبُ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الْجَانِي إذَا كَانَ لَهُ عَاقِلَةٌ، وَالْمَوْلَىٰ عَاقِلَتُهُ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَسْتَنْصِرُ بِهِ، وَالْأَصْلُ فِي الْعَاقِلَةِ عِنْدَنَا النُّصْرَةُ حَتَّىٰ تَجِبَ عَلَىٰ أَهْلِ الدِّيوَانِ. بِخِلَافِ الذِّمِّيِّ لِأَنَّهُمْ لَا يَتَعَاقَلُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ فَلَا عَاقِلَةَ فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ صِيَانَةً لِلدَّمِ عَنْ الْهَدَرِ، وَبِخِلَافِ الْجِنَايَةِ عَلَىٰ الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْعَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ الْمَالَ، **إلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ؛ لأنه وَاحِدٌ**، وَفِي إثْبَاتِ الْخِيرَةِ نَوْعُ تَخْفِيفٍ فِي حَقِّهِ كَيْ لَا يُسْتَأْصَلَ، غَيْرَ أَنَّ الْوَاجِبَ الْأَصْلِيَّ هُوَ الدَّفْعُ فِي الصَّحِيحِ، وَلِهَذَا يَسْقُطُ الْمُوجِبُ بِمَوْتِ الْعَبْدِ لِفَوَاتِ مَحَلِّ الْوَاجِبِ وَإِنْ كَانَ لَهُ حَقُّ النَّقْلِ إلَىٰ الْفِدَاءِ **كَمَا فِي مَالِ الزَّكَاةِ، بِخِلَافِ مَوْتِ الْجَانِي الْحُرِّ**؛ لأن [٢٦٦/ظ] الْوَاجِبَ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْحُرِّ اسْتِيفَاءً فَصَارَ كَالْعَبْدِ فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ.

غاية البيان

قولُه: (**إلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ، لِأَنَّهُ وَاحِدٌ**)، وهو استثناءٌ منْ قولِه: (**وَالْمَوْلَىٰ عَاقِلَتُهُ، لِأَنَّ الْعَبْدَ يَسْتَنْصِرُ بِهِ**)، بيانُه: أنَّ ضمانَ جنايةِ الحُرِّ إنَّما وجَبَ علىٰ العاقِلَة تَخْفيفًا علىٰ الجاني؛ لأنَّه خاطئٌ لَا عامدٌ، وهاهنا في جِنايةِ العبدِ خُيِّرَ المَولىٰ بينَ دَفْعِهِ، وبينَ الفِداءِ تخفيفًا أيضًا؛ لأنَّ في التَّخْييرِ نوعُ تخفيفٍ أيضًا؛ لأنَّ في تَعْيينِ أحدِ الأمريْنِ تَضْييقًا لَا محالةَ، وطريقُ التَّخفيفِ في التَّخييرِ؛ لكونِ المَولىٰ واحدًا بخلافِ التَّخفيفِ في العاقِلَةِ؛ لأنَّ ذلكَ بتقسيمِ الدِّيَةِ عليهم لكَثْرتِهم.

قولُه: (**كَمَا فِي مَالِ الزَّكَاةِ**)، يَعْنِي: أنَّ العبدَ الجاني إذا هلَكَ قبْلَ اختيارِ المَولىٰ الفِداءَ؛ يسْقُطُ مُوجبُ جنايتِه، كمالِ الزَّكاةِ إذا هلَكَ بعْدَ حوَلَانِ الحَوْلِ؛ يَسْقُطُ الواجبُ، وإنْ كانَ لصاحبِ المالِ ولايةُ أداءِ الزَّكاةِ منْ مالٍ آخرَ؛ لأنَّ محلَّ الوجوبِ فاتَ.

قولُه: (**بِخِلَافِ مَوْتِ الْجَانِي الْحُرِّ**)، يَعْنِي: أنَّ بموتِ العبدِ الجاني يَسْقُطُ المُوجِبُ؛ لأنَّ الواجبَ يتعَلَّقُ به استيفاءً، حيثُ يُدْفَعُ في الجنايةِ، بخلافِ موتِ الجانِي الحُرِّ، حيثُ لَا يَسْقُطُ مُوجبُ جنايتِه عنِ العاقِلَةِ؛ لأنَّ الواجبَ لَمْ يَتَعَلَّقْ

قَالَ: فَإِنْ دَفَعَهُ مَلَكَهُ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ، وَإِنْ فَدَاهُ فَدَاهُ بِأَرْشِهَا وَكُلُّ ذَلِكَ يَلْزَمُ حَالًّا.

أَمَّا الدَّفْعُ فَلِأَنَّ التَّأْجِيلَ فِي الْأَعْيَانِ بَاطِلٌ وَعِنْدَ اخْتِيَارِهِ: الْوَاجِبُ عَيْنٌ.

غاية البيان

بِذِمَّةِ الجاني استيفاءً، فصارَ موتُه كموتِ عَبْدِ الخِدْمَةِ في صدقةِ الفطرِ بعدَ طُلوعِ الفجرِ مِنْ يومِ النَّحْرِ، حيثُ لَا تَسْقُطُ صدقةُ الفِطرِ عنِ المَولىٰ.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ دَفَعَهُ مَلَكَهُ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ، وَإِنْ فَدَاهُ فَدَاهُ بِأَرْشِهَا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[1]، يَعْنِي: كأنْ يُقالُ لمَولىٰ العبدِ في جنايتِه خطأً ادفَعْه أوِ افْدِه، فإنْ دَفَعَه إلىٰ وَلِيِّ الجِنايةِ مَلَكَهُ، وسقطَتِ المُطالبةُ عنِ المَولىٰ، وإنْ فداه فدَاه بِأَرْشِ الجِنايةِ قليلًا كانَ الأرشُ أو كثيرًا، وسقطتِ المُطالبةُ أيضًا، وقدْ مَرَّ قبلَ هذا، فأيُّهما اختارَ المَولىٰ مِنَ الدَّفعِ أو الفِداءِ؛ يَلْزَمُه حالًّا، أمَّا إذا اختارَ الدَّفعَ فظاهرٌ؛ لأنَّ التَّأجيلَ في الأعيانِ باطلٌ؛ لأنَّ التَّأجيلَ إنَّما يُشْرَعُ للتَّحصيلِ تَرْفِيهًا، وتحصيلُ الحاصلِ مُحالٌ.

وأمَّا إذا اختارَ الفِداءَ فكذلكَ؛ لأنَّ الفِداءَ بدَلٌ عنِ العبدِ في الشَّرْعِ، فكانَ قائمًا مقامَه [٨/١٩١و/م]، ألَا ترىٰ أنَّه يُسَمَّىٰ فِداءً، وهوَ ما يُسْتَنْقَذُ به الشَّيْءُ، فيَقُومُ مقامَه، فإذا كانَ الفِداءُ قائمًا مقامَ العبدِ [٣/٤٤٢ظ]؛ أخَذَ حُكْمَه، فلَمْ يَصِحَّ التَّأجيلُ في الفِداءِ، كما لَمْ يصحَّ في الدَّفعِ.

غايةُ ما في البابِ: أنَّ الفِداءَ يُقَدَّرُ بالأَرْشِ قليلًا كانَ أوْ كثيرًا، وهذا لَا يَمْنَعُ أَنْ يَكُونَ بدلًا عنِ العبدِ قائمًا مقامَه.

قولُه: (وَعِنْدَ اخْتِيَارِهِ: الْوَاجِبُ عَيْنٌ)، أي: وعندَ اختيارِ المَولىٰ الدَّفعُ الواجبُ عَيْنٌ وهوَ العبدُ، فلا جَرَمَ وَجَبَ الدَّفعُ حالًّا.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٩٠].

وَأَمَّا الْفِدَاءُ فَلِأَنَّهُ جَعَلَ بَدَلًا عَنْ الْعَبْدِ فِي الشَّرْعِ وَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا بِالْمُتْلَفِ وَلِهَذَا سُمِّيَ فِدَاءً فَيَقُومُ مَقَامَهُ وَيَأْخُذُ حُكْمَهُ فَلِهَذَا وَجَبَ حَالًّا كَالْمُبْدَلِ **وَأَيُّهُمَا اخْتَارَهُ وَفَعَلَهُ؛ لَا شَيْءَ لِوَلِيِّ الْجِنَايَةِ.**

أَمَّا الدَّفْعُ فَلِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ، فَإِذَا خَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّقَبَةِ سَقَطَ. وَأَمَّا الْفِدَاءُ فَلِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا الْأَرْشُ، فَإِذَا أَوْفَاهُ حَقَّهُ سَلَّمَ الْعَبْدَ لَهُ.

فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ شَيْئًا حَتَّى مَاتَ الْعَبْدُ؛ بَطَلَ حَقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لِفَوَاتِ مَحَلِّ حَقِّهِ **عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَمَا اخْتَارَ الْفِدَاءَ؛ لَمْ يَبْرَأْ** لِتَحَوُّلِ الْحَقِّ مِنْ رَقَبَةِ الْعَبْدِ إِلَى ذِمَّةِ الْمَوْلَى.

غاية البيان

قولُه: (**وَأَيُّهُمَا اخْتَارَهُ وَفَعَلَهُ؛ لَا شَيْءَ لِوَلِيِّ الْجِنَايَةِ**)، يَعْنِي: إذا اختارَ المولى الدَّفعَ، أو الفِداءَ؛ تسْقُطُ المُطالبةُ عنِ المَولى بعدَ ذلكَ، وقدْ مرَّ بيانُه قبلَ هذا.

قولُه: (**فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ شَيْئًا حَتَّى مَاتَ الْعَبْدُ؛ بَطَلَ حَقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ**)، ذكرَه تفريعًا على مسألةِ «**المختصر**»، وقدْ ذكَرَه الْكَرْخِيُّ ﵀ في «**مختصرِه**».

يَعْنِي: إذا ماتَ العبدُ؛ لَمْ يَكُنْ لِوَلِيِّ الجِنايةِ على المَولى شيءٌ مِنْ أَرْشِ جِنايتِه، وذلكَ لأنَّ الحَقَّ كانَ يَلْزَمُ المَولى في الرَّقبةِ، فإذا تَلِفَتْ سَقَطَ ما لَزِمَهُ بالهلاكِ، كهلاكِ المالِ بعدَ وجوبِ الزَّكاةِ فيه، ولأنَّها جِنايةٌ منَ العبدِ، فتَسْقُطُ بموتِ العبدِ كما في العمدِ.

قولُه: (**عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ**)، إشارةٌ إلى قولِه: (**الْوَاجِب الْأَصْل الدَّفع**).

قولُه: (**وَإِنْ مَاتَ بَعْدَمَا اخْتَارَ الْفِدَاءَ؛ لَمْ يَبْرَأْ**). ذكرَه تفريعًا أيضًا.

قالَ **الْكَرْخِيُّ** ﵀ **في «مختصرِه»**: «فإنْ ماتَ العبدُ بعدما اختارَ المَولى الفِداءَ؛ فإنَّ الفِداءَ عليه لَا يَبْرأُ عنه بموتِ العبدِ، وذلكَ لأنَّ الاختيارَ يَنْقُلُ الحقَّ منَ الرَّقبةِ إلى ذِمَّةِ المَولى، فإذا ماتَ العبدُ لَمْ يسْقُطْ ما في ذِمَّةِ المَولى مِنَ الدَّيْنِ

قَالَ: فَإِنْ عَادَ فَجَنَىٰ ؛ كَانَ حُكْمُ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ حُكْم[١] الْأُولَىٰ مَعْنَاهُ بَعْدَ الْفِدَاءِ لِأَنَّهُ لَمَّا طَهَرَ عَنْ الْجِنَايَةِ بِالْفِدَاءِ جُعِلَ كَأَنْ لَمْ تَكُنْ، وَهَذَا ابْتِدَاءُ جِنَايَةٍ.

قَالَ: وَلَوْ جَنَىٰ جِنَايَتَيْنِ، قِيلَ لِلْمَوْلَىٰ: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ إِلَىٰ وَلِيِّ الْجِنَايَتَيْنِ يَقْتَسِمَانِهِ عَلَىٰ قَدْرِ حَقِّهِمَا، وَإِمَّا أَنْ تَفْدِيَهُ بِأَرْشِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ

غاية البيان

كسائرِ ديونِه»[٢].

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ عَادَ فَجَنَىٰ ؛ كَانَ حُكْمُ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ حُكْم الْأُولَىٰ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[٣].

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» رحمه الله: (مَعْنَاهُ: بَعْدَ الْفِدَاءِ)، يَعْنِي: إذا فدَىٰ المَولىٰ عَبْدَه من جِنايتِه، فعادَ العبدُ بعدَ ذلكَ فجَنىٰ جِنايةً خطأً؛ كانَ حُكْمُها حُكْمَ الأُولىٰ حتَّىٰ يُخاطِبَ المَولىٰ بالدَّفعِ أو الفِداءِ ثانيًا، وذلكَ لأنَّه لمَّا فَدَاه عنِ الأُولىٰ؛ تَفَرَّغَتْ رقبتُه عنِ الجِنايةِ، فصارَ كأنَّه لم يَجْنِ إلَّا هذه الجِنايةَ، فكانَ الحُكْمُ فيها الدَّفعَ أوِ الفِداءَ.

وإنَّما فَسَّرَ صاحبُ «الهدايةِ» رحمه الله بقولِه: (مَعْنَاهُ: بَعْدَ الْفِدَاءِ)؛ لأنَّه إذا جَنَىٰ ثانيًا قبلَ الفِداءِ؛ كانَتْ هيَ مثلُ المسألةِ الَّتي تَلِيهَا.

قولُه: (لَمَّا طَهَرَ)، هوَ بالطَّاءِ المهملةِ.

قولُه: (قَالَ: وَلَوْ جَنَىٰ جِنَايَتَيْنِ، قِيلَ لِلْمَوْلَىٰ: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ إِلَىٰ وَلِيِّ الْجِنَايَتَيْنِ يَقْتَسِمَانِهِ عَلَىٰ قَدْرِ [٨/١٩١ظ/م] حَقِّهِمَا، وَإِمَّا أَنْ تَفْدِيَهُ بِأَرْشِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[٤].

(١) أشار بلحق بعده في حاشية الأصل أن بعده في نسخة: «خ: الجناية».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٥/ داماد].
(٣) ينظر: المصدر السابق.
(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٩٠].

الْأَوَّلِ بِرَقَبَتِهِ لَا يَمْنَعُ تَعَلُّقَ الثَّانِيَةِ بِهَا كَالدُّيُونِ الْمُتَلَاحِقَةِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَىٰ لَمْ يَمْنَعْ تَعَلُّقَ الْجِنَايَةِ فَحَقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ الْأَوَّلِ أَوْلَىٰ أَلا يُمْنَعَ.

غاية البيان

[قالَ الْكَرْخِيُّ في «مختصره»][1]: «فإنْ جنَىٰ العبدُ علىٰ جماعةٍ، فإنَّ المَولىٰ أيضًا بالخِيارِ: إنْ شاءَ دفَع العبدَ إلىٰ جماعتِهم، وكانَ مقسومًا عليهم علىٰ قَدْرِ ما لكلِّ واحدٍ منهم مِنْ أَرْشِ الجنايةِ، وإنْ شاءَ أمسَكَه وَغَرِمَ أَرْشَ الجِناياتِ كلِّها، وذلكَ لأنَّ تعَلُّقَ الجِنايةِ برقَبَتِه لَا يَمْنَعُ تعلُّق مِثْلِها، كما لَا يَمْنَعُ الدَّيْنُ مِنَ الدَّيْنِ، وكما لَا يَمْنَعُ حقُّ المَولىٰ من حقِّ وَلِيِّ الجِنايةِ.

وإذا تَعَلَّقَ حقُّ الجماعةِ بالرَّقَبَةِ؛ كانَ علىٰ المَولىٰ أنْ يَدْفَعَ إليهم، فيَقْتَسِمُونَ الرَّقَبَةَ علىٰ قَدْرِ [٣/٤٤٣و] حُقوقِهم، أو يَفْدِي بجميعِ أُرُوشِهم، وللمَولىٰ أنْ يُخالِفَ في هذا بينَ الاختيارِ، فيَفْدِي مِنْ بعضِهم، ويَدْفَعُ إلىٰ بعضِهم مقدارَ ما تعلَّقَ به حقُّه من العبدِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم لَا تعلُّقَ لِحَقِّهِ بحقِّ صاحبِه، فجازَ أن يختارَ في حقِّ أحدِهم غيرَ ما يَخْتَارُ في حقِّ الآخرِ، كما لوِ انفردَ كلُّ واحدٍ منهم.

وليسَ هذا كالعبدِ إذا قتَل رَجُلًا خطأً وله وَلِيَّانِ، فاختارَ المَولىٰ الفِداءَ مِنْ أحدِهما والدَّفعَ إلىٰ الآخرِ؛ أنَّ ذلكَ لَا يَجُوزُ؛ لأنَّها جنايةٌ واحدةٌ خُيِّرَ فيها بينَ الدَّفعِ أو الفِداءِ، فلَمْ يَمْلِك تَبْعِيضَ مُوجَبِهَا.

وفي مسألتِنا: هي جناياتٌ مختلفةٌ، وإذا اختلفَ خيارُه فيها؛ لم يَتَبَعَّضْ مُوجبُ الجِنايةِ، وأمَّا كيفيَّةُ القِسْمَةِ: فعلىٰ ما بَيَّنَّا: أنَّه يَدْفَعُ إليهم بِقَدْرِ حِصَصِهم»[2].

بيانُه: فيما إذا قَتَلَ رَجُلًا خطأً، وفَقَأَ عَيْنَ آخرَ، ثُمَّ اجتمَعا واختارَ المَولىٰ الدَّفعَ؛ فإنَّه يَدْفَعُ العبدَ إليهما أثلاثًا؛ لأنَّ وَلِيَّ المقتولِ ثَبَتَ حَقُّهُ في الدِّيَةِ، وهيَ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٥/ داماد].

وَمَعْنَىٰ قَوْلِهِ عَلَىٰ قَدْرِ حَقَّيْهِمَا **عَلَىٰ قَدْرِ أَرْشِ جِنَايَتِهِمَا**، وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً يَقْتَسِمُونَ الْعَبْدَ الْمَدْفُوعَ عَلَىٰ قَدْرِ حِصَصِهِمْ وَإِنْ فَدَاهُ فَدَاهُ بِجَمِيعِ أُرُوشِهِمْ؛ **لِمَا ذَكَرْنَا**.

غاية البيان

عشرةُ آلافٍ، وثبَتَ حَقُّ المَفْقُوءةِ عَيْنُهُ في نِصفِ الدِّيَةِ، وكلُّ واحدٍ منهما يُدْلِي بسببٍ صحيحٍ، فيَضْرِبُ بجميعِ حَقِّهِ، فيَقْتسمانِ أثلاثًا.

ولَوْ كانَ شَجَّ رجلًا مُوضِحَةً، وآخَرَ هَاشِمَةً، وآخَرَ مُنَقِّلَةً، ثُمَّ اختارَ المَولىٰ الدَّفعَ دَفَعَ إلىٰ صاحبِ المُوضِحَةِ سُدُسَ العَبدِ، وإلىٰ صاحبِ الهَاشِمَةِ ثُلُثَهُ، وإلىٰ صاحبِ المُنَقِّلَةِ نِصْفَه؛ لأنَّ لصاحبِ المُوضِحَةِ خَمْسَ مئةٍ، ولصاحبِ الهاشِمَةِ ألفًا، ولصاحبِ المُنَقِّلَةِ ألفًا وخمسَ مئةٍ، فاقتسموا الرَّقَبَةَ علىٰ ذلكَ[1]. كذا ذكَرَ القُدُورِيُّ ﵀ في «**شرحِه**».

قولُه: (عَلَىٰ قَدْرِ أَرْشِ جِنَايَتِهِمَا)، مَرَّ آنفًا.

قولُه: (لِمَا ذَكَرْنَا)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (**لِأَنَّ تَعَلُّقَ الْأُولَىٰ بِرَقَبَتِهِ لَا يَمْنَعُ تَعَلُّقَ الثَّانِي بِهِ**)، أي: بالرَّقَبَةِ علىٰ تأويلِ العُنُقِ أو المذكورِ.

فَإِنْ قُلْتَ: ما الفرقُ بينَ هذا المسألةِ، حيثُ لَمْ يَمْنعْ تَعَلُّقُ [٨/١٩٢و/م] الأُولىٰ تَعَلُّقَ الثَّانيةِ، وبينَ الرَّهنِ، حيثُ يَكُونُ المُرتهنُ مُقَدَّمًا علىٰ سائرِ أصحابِ الدُّيونِ، ويَمْنَعُ تَعَلُّقُ حَقِّهِ به تَعَلُّقَ حَقِّهِمْ به؟

قلْنا: لأنَّ الرَّهْنَ إِيفاءٌ حُكْمِيٌّ، والارتهانُ استيفاءٌ حُكْمِيٌّ، فلو وُجِدَ الإيفاءُ والاستيفاءُ حقيقةً، ثُمَّ لحَقِ الدَّيْنُ الآخرَ؛ لَمْ يَكُنْ لصاحبِ الدَّيْنِ المُتَلاحِقِ سبيلٌ، فكذا [في][2] الإيفاءِ والاستيفاءِ حُكْمًا، بخلافِ ما نحنُ فيه، فإنَّ حَقَّ الأوَّلِ له

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٥/ داماد].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

وَلَوْ قَتَلَ وَاحِدًا وَفَقَأَ عَيْنَ آخَرَ) يَقْتَسِمَانِهِ أَثْلَاثًا (لِأَنَّ أَرْشَ الْعَيْنِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ أَرْشِ النَّفْسِ)، وَعَلَىٰ هَذَا حُكْمُ الشَّجَّاتِ (وَلِلْمَوْلَىٰ أَنْ يَفْدِيَ مِنْ بَعْضِهِمْ وَيَدْفَعَ إِلَىٰ بَعْضِهِمْ مِقْدَارَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ مِنَ الْعَبْدِ) لِأَنَّ الْحُقُوقَ مُخْتَلِفَةٌ بِاخْتِلَافِ أَسْبَابِهَا وَهِيَ الْجِنَايَاتُ الْمُخْتَلِفَةُ، بِخِلَافِ مَقْتُولِ الْعَبْدِ إِذَا كَانَ لَهُ وَلِيَّانِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَفْدِيَ مِنْ أَحَدِهِمَا [٢٦٧/ظ] وَيَدْفَعَ إِلَىٰ الْآخَرِ لِأَنَّ الْحَقَّ مُتَّحِدٌ لِاتِّحَادِ سَبَبِهِ وَهِيَ الْجِنَايَةُ الْمُتَّحِدَةُ.

وَالْحَقُّ يَجِبُ لِلْمَقْتُولِ أَوَّلًا، ثُمَّ لِلْوَارِثِ خِلَافَةً عَنْهُ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّفْرِيقِ فِي مُوجَبِهَا.

قَالَ: فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَىٰ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْجِنَايَةِ؛ ضَمِنَ الْأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ، وَمِنْ أَرْشِهَا، وَإِنْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ؛ وَجَبَ عَلَيْهِ الْأَرْشُ؛ ....

غاية البيان

مُجَرَّدُ تَعَلُّقٍ ليسَ فيه مَعنىٰ الإيفاءِ والاستيفاءِ، لَا حَقيقةً ولا حُكْمًا، فظهرَ الفَرْقُ.

قولُه: (وَالْحَقُّ يَجِبُ لِلْمَقْتُولِ أَوَّلًا، ثُمَّ لِلْوَارِثِ خِلَافَةً عَنْهُ)، هذا جوابُ سُؤالٍ مُقَدَّرٍ بأن يُقالَ: الجِنايةُ ـ وإنْ كانَتْ مُتَّحِدةً بالنَّظرِ إلىٰ المقتولِ ـ مختلفةٌ بالنَّظَرِ إلىٰ المُستحِقِّينَ، فيَنْبَغِي أنْ يَكُونَ للمَولىٰ ولايةُ الفِداءِ مِنْ أحدِهما، والدَّفعُ منَ الآخرِ، كما في الجِناياتِ المُخْتلفةِ، فأجابَ عنه بهذا. يَعْنِي: أنَّ الأصلَ في ثُبوتِ الحَقِّ واستحقاقِه هوَ المقتولُ، يَجِبُ الحَقُّ له أوَّلًا، ثُمَّ يخْلفُه الوارثُ، فكانَتِ الجِنايةُ مُتَّحِدَةً، فلَمْ يَمْلِكْ تَبْعِيضَ مُوجَبِها.

قولُه: (فَلَا بُدَّ مِنَ التَّفْرِيقِ فِي مُوجَبِهَا)، أي: في مُوجبِ الجِناياتِ المُختلفةِ، وهذا يَرْتَبِطُ بقولِه: (وَهِيَ الْجِنَايَاتُ الْمُخْتَلِفَةُ).

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَىٰ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْجِنَايَةِ؛ ضَمِنَ الْأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ، وَمِنْ [٣/٤٠٤ظ] أَرْشِهَا، وَإِنْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ؛ وَجَبَ عَلَيْهِ الْأَرْشُ)،

....

غاية البيان

أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصره»[1]، أي: ضَمِنَ المَولىٰ الأقلَّ مِنْ قِيمةِ العَبدِ الجاني، ومِنْ أَرْشِ جِنايتِه أيُّهما كانَ أقلَّ مِنَ الآخرِ يَلْزَمُه ذلكَ، وإنْ كانَ إعْتاقُه بعدَ العِلمِ بالجِنايةِ يَكُونُ مُختارًا للفِداءِ، فيَلْزَمُه الأَرْشُ قليلًا كانَ أوْ كثيرًا.

قالَ الشَّيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ رحمه الله: «وإذا قَتَلَ عَبْدٌ قَتيلًا خطأً، فأخرجَه المَولىٰ مِن مِلْكِهِ ببَيْعٍ أوْ غيرِه، أو أعتقَه، أوْ دَبَّرَهُ، أو كانَتْ أَمَةً فاسْتَوْلَدَها، أو أَقَرَّ به لرَجُلٍ، وهوَ يَعْلَمُ بالجِنايةِ؛ فهوَ مُخْتارٌ وعليه الدِّيَةُ، وإنْ كانَ لَا يَعْلَمُ؛ فَعَلَيْهِ قيمةُ عَبْدِه، وكذلكَ جِنايتُه، إنْ كانَتْ فيما دونَ النَّفْسِ ففَعلَ شيئًا مِنْ هذا، وهوَ يَعْلَمُ؛ فعليه أَرْشُ الجِنَايَةِ، وإنْ كانَ لَا يَعْلَمُ؛ فعليه الأقلُّ مِنْ قيمتِه، ومِنْ أَرْشِ الجِنَايَةِ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله، وذلكَ لأنَّ المَولىٰ مُخَيَّرٌ في جِنايةِ العَبدِ بينَ الدَّفْعِ والفِداءِ، ومَنْ خُيِّرَ بَيْنَ أمريْنِ ففعَلَ ما يَدلُّ علىٰ اختيارِ أحدِهما؛ تَعَيَّنَ [عليه][3] [١٩٢/٨ظ/م] الآخرُ، ومعلومٌ أنَّه إذا باعَه، أوْ وَهَبَهُ معَ العِلمِ؛ فقد تَعَذَّرَ عليه دَفْعُه، فصارَ بذلكَ مُختارًا للفِداءِ دلالةً.

وكذلكَ إذا أعتَقه؛ لأنَّ الاختيارَ قدْ يَكُونُ صريحًا، وقدْ يَكُونُ دليلًا، وقدْ يَكُونُ ضرورةً، والإعتاقُ اختيارٌ دلالةً أو ضرورةً؛ لأنَّه لمَّا أعتقَ مع عِلمِه بالجِنايةِ؛ فقدِ اختارَ إمساكَه لنفسِه، فصارَ اختيارًا للوجْهِ الآخرِ دلالةً، أو لأنَّه فَوَّتَ مَحَلَّ الدَّفْعِ اختيارًا، فَتَعَيَّنَ الوجهُ الآخرُ عليه ضرورةً، وكذلكَ إنْ دَبَّرَهُ أوْ كاتَبَهُ، أوْ باعَه؛ لأنَّه صارَ مُمْتَنِعَ الدَّفعِ في هذه الوجوهِ.

قالَ الحاكمُ في «الكافي»: «ولوْ كانَتْ أَمَةً فجامَعَها، أوْ زَوَّجَها، أوْ آجَرَهَا،

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٩٠].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٥/ داماد].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

. . . .

أَوْ رَهَنَها، أو استخدمَها؛ لَمْ يَكُنْ مُختارًا؛ وذلكَ لأنَّه لَمْ يَصِرْ مُمْتَنِعَ الدَّفعِ»[1].

وذكرَ **الطَّحَاوِيُّ** رحمه الله **في «مختصرِه»**[2]: أنَّه يَكُونُ مُختارًا [إذا آجَرَ، أوْ رَهَنَ مع العِلْمِ؛ وذلكَ لأنَّه لَا يُمْكِنُه الدَّفعَ في الحالِ، فأَشْبَه البيعَ، أمَّا إذا فعَلَ ما يَكُونُ به مُختارًا][3]، وهوَ لَا يعْلَمُ بالجِنايةِ لا يَكُونُ مُختارًا، بلْ عليه الأقلُّ منْ قِيمةِ العَبدِ، ومِنَ الأَرْشِ؛ لأنَّ الاختيارَ لَا يَصِحُّ بلَا عِلْم؛ لأنَّه مُحالٌ، وهذا لأنَّه لمَّا منعَ التَّسليمَ بفِعْلِه مع تَعَلُّقِ حَقِّ وَلِيِّ الجِناية؛ لَزِمَهُ الأقلُّ؛ لأنَّ الأَرْشَ إنْ كانَ أقلَّ مِنْ قيمتِه؛ فلا حقَّ لِوَلِيِّ الجنايةِ فيما زادَ عليه، وإنْ كانَ أكثرَ فالمَولىٰ لَمْ يُتْلِف إلَّا رَقَبَةَ العبدِ، فَلَزِمَه قيمتُها.

فأمَّا إذا أَقَرَّ بالعبدِ الجاني لغيرِه معَ العِلْمِ بالجِنايةِ: قالَ **القُدُورِيُّ** رحمه الله **في «شرحِه»**: «ذكَر في **«الأصلِ»**: أنَّه لَا يَكُونُ مُختارًا، وفي غيرِ الأُصولِ: أنَّه يَكُونُ مُختارًا، وهوَ الَّذي ذكرَه أبو الحسنِ الْكَرْخِيُّ رحمه الله[4].

وجهُ ما في «الأصلِ»: أنَّ الإقرارَ لَا يُوجِبُ سُقوطَ حقِّ وَلِيِّ الجنايةِ، وليسَ فيه نَقْلُ المِلْكِ؛ لجوازِ أَنْ يَكُونَ الأمرُ علىٰ ما قالَ المُقِرُّ، فكأنَّ البَيِّنَةَ قامَتْ بالمِلْكِ.

وجهُ الرِّوايةِ الأُخرىٰ: أنَّ العَبدَ علىٰ مِلْكِهِ في الظَّاهرِ، فإذا أَقَرَّ بهِ اسْتَحَقَّهُ المُقَرُّ له بإقرارِه، فصارَ كما لو بَاعَهُ أوْ وَهَبَهُ».

وقالَ **القُدُورِيُّ** رحمه الله أيضًا في [٣/٤٤٤و] **«شرحِه»**: «قالوا العبدُ إذا جَنىٰ، فقال الَّذي في يده: هذا عَبْدُ فلانٍ، أَوْدَعَهُ عِندي، فإنْ أَقَامَ البَيِّنَةَ علىٰ ذلكَ؛ دَفَعَ

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٢٥].

(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي/مع شَرْح الجصاص» [٨٦/٦].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٥/ داماد].

. . . .

الخُصُومَةَ عنْ نَفْسِه ؛ لأنَّا تَبَيَّنَّا أنَّ العَبْدَ وَصَلَ إليه من جِهةِ غيرِه ، وأنَّ الغائبَ أَقامَه مقامَ نفسِه في الحِفظِ دُونَ أحكامِ الجِنايةِ ، فلَمْ يَلْزَمْهُ حُكْمُها ، فإنْ لَمْ تَقُمْ لهبَيِّنةٌ ، قيلَ له: ادْفعْه أو افْدِهِ ؛ لأنَّ حُكْمَ الجِنايةِ يَتَعَلَّقُ به ، فإذا أحالَ به علىٰ غيرِه لَمْ يُقْبَلْ بغيرِ بَيِّنَةٍ.

فإنِ اختارَ الفِداءَ ، ثُمَّ حَضَرَ الغائبُ وَصَدَّقَهُ ؛ فهوَ مُتَطَوِّعٌ في الفِداءِ ؛ لأنَّه فدَىٰ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِه ، وقدْ كانَ يُمْكِنُه أنْ يَتَخلَّصَ منَ الفِداءِ بالدَّفعِ ، فإذا اختارَه كانَ [١٩٣/٨و/م] مُتَبَرِّعًا ، وإنِ اختارَ الدَّفعَ ثُمَّ حَضَرَ الغائبُ فَصَدَّقَهُ ، قِيلَ له: إنْ شِئْتَ فافْسَخِ الدَّفعَ ؛ لأنَّ التَّصْدِيقَ اسْتَنَدَ إلىٰ الإقرارِ الأوَّلِ ، فصارَ مالكًا للعبدِ منْ ذلك الوقتِ ، وقدْ دَفَعَهُ مَنْ ليسَ بِمالِكٍ ، فإنْ شاءَ اختارَ دَفْعَهُ ، وإنْ شاءَ فَسَخَ وَفَدَىٰ»[١].

وقالَ **القُدُورِيُّ** رحمه الله **أيضًا**: «قالُوا فيمَنْ في يَدِه عبْدٌ أَقَرَّ بِه لِرجُلٍ ، وَأَقَرَّ عليه بجنايةٍ ، فهوَ علىٰ ثلاثةِ أوجهٍ: إنْ صَدَّقَهُ المُقرُّ لَه في المِلْكِ والجِنايةِ ، قِيلَ للمُقَرِّ لَه: ادْفَعْ أوِ افْدِ بالأَرْشِ ، لأنَّهما تَصادَقَا علىٰ المِلْكِ ، وعلىٰ الجِنايةِ ، فكانَ ذلكَ معلومًا ، ولَا يَكُونُ الَّذي في يَدِهِ العبدُ بإقرارِه بعدَ الجِنايةِ مُختارًا ؛ لأنَّ الإقرارَ لَا ينْقُلُ المِلْكَ ، وإنَّما هوَ إخبارٌ عنْ مِلْكٍ سابقٍ.

وقالَ **زُفَرُ** رحمه الله: يَكُونُ مُختارًا ؛ لأنَّ المِلْكَ له في الظَّاهِرِ ، وقدِ انتقَلَ بالإقرارِ بعدَ الجِنايةِ ، فأمَّا إنْ صَدَّقَهُ المُقَرُّ له في المِلْكِ وَكَذَّبَهُ في الجِنايةِ ؛ فلا شيءَ علىٰ واحدٍ منهما ؛ لأنَّ الَّذي في يَدِهِ العبدُ أَقَرَّ بجنايةٍ علىٰ مِلْكِ غيرِه ، والمالكُ لَمْ يُقِرَّ في عَبْدِه بشيءٍ إلَّا أنْ يَكُونَ الَّذي في يدِه كانَ قدِ ادَّعىٰ هذا العَبدَ لِنَفْسِه ، فيَكُونُ مُختارًا ؛ لأنَّه في حُكْمِ مَنْ نَقَلَ المِلْكَ باختيارِه ، وأمَّا إنْ كَذَّبَهُ المُقَرُّ له في المِلْكِ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٥/ داماد].

لِأَنَّ فِي الْأَوَّلِ فَوْتُ حَقِّهِ فَيَضْمَنُهُ وَحَقُّهُ فِي أَقَلِّهِمَا، وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ لِأَنَّهُ لَا اخْتِيَارَ بِدُونِ الْعِلْمِ، وَفِي الثَّانِي صَارَ مُخْتَارًا لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ يَمْنَعُهُ مِنَ الدَّفْعِ فَالْإِقْدَامُ عَلَيْهِ اخْتِيَارٌ مِنْهُ لِلْآخَرِ.

وَعَلَىٰ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ: الْبَيْعُ، وَالْهِبَةُ، وَالتَّدْبِيرِ، وَالِاسْتِيلَادُ، لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِمَّا يَمْنَعُ الدَّفْعَ لِزَوَالِ الْمِلْكِ بِهِ، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ عَلَىٰ رِوَايَةِ الْأَصْلِ لِأَنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِهِ حَقُّ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ، فَإِنَّهُ الْمُقَرُّ لَهُ يُخَاطَبُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ.

وَلَيْسَ فِيهِ نَقْلُ الْمِلْكِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْأَمْرُ كَمَا قَالَهُ الْمُقِرُّ وَأَلْحَقَهُ الْكَرْخِيُّ بِالْبَيْعِ وَأَخَوَاتِهِ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ فِي الظَّاهِرِ فَيَسْتَحِقُّهُ الْمُقَرُّ لَهُ بِإِقْرَارِهِ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ وَإِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْكِتَابِ يَنْتَظِمُ النَّفْسَ وَمَا دُونَهُ، ....

غاية البيان

والجِنايةِ، فيُقَالُ له: ادْفَعْه أو افْدِهِ؛ لأنَّ الإقرارَ بَطَلَ بالتَّكْذِيبِ، وكأنَّه لَمْ يَكُنْ»[1]. كذا في «شرحِ مختصرِ الْكَرْخِيِّ».

قولُه: (لِأَنَّ فِي الْأَوَّلِ)، أي: فيما أعتَقَه المَولىٰ وهوَ لَا يَعْلَمُ بالجِنايةِ.

قولُه: (وَفِي الثَّانِي)، أي: فيما إذا أعتَقَه بعدَ العِلْمِ بالجِنايةِ.

قولُه: (وَعَلَىٰ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ: الْبَيْعُ، وَالْهِبَةُ، وَالتَّدْبِيرِ، وَالِاسْتِيلَادُ)، يَعْنِي: إذا وُجِدَ أحدُ هذه الأشياءِ منَ المَولىٰ بعدَ العِلمِ بالجِنايةِ؛ يَكُونُ مُختارًا للفِداءِ، وإذا وُجِدَ قبْلَ العِلْمِ بالجِنايةِ لَا يَكُونُ مُختارًا للفداءِ، فيَلْزَمُه الأقلُّ منْ قِيمةِ الجاني ومِنْ أَرْشِ الجِنايةِ.

قولُه: (وَأَلْحَقَهُ الْكَرْخِيُّ بِالْبَيْعِ)، أي: أَلْحَقَ الإقرارَ، مَرَّ بيانُه.

قولُه: (وَإِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْكِتَابِ يَنْتَظِمُ النَّفْسَ وَمَا دُونَهُ)، أي: إطلاقُ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٥/ داماد].

وَكَذَا الْمَعْنَىٰ لَا يَخْتَلِفُ.

وَإِطْلَاقُ الْبَيْعِ يَنْتَظِمُ الْبَيْعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ يُزِيلُ الْمِلْكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَنَقْضِهِ، وَبِخِلَافِ الْعَرْضِ عَلَى الْبَيْعِ لِأَنَّ الْمِلْكَ مَا زَالَ، وَلَوْ بَاعَهُ بَيْعًا فَاسِدًا لَمْ يَصِرْ مُخْتَارًا حَتَّىٰ يُسَلِّمَهُ لِأَنَّ الزَّوَالَ بِهِ، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ لِأَنَّ مُوجَبَهُ يَثْبُتُ قَبْلَ قَبْضِ الْبَدَلِ فَيَصِيرُ بِنَفْسِهِ مُخْتَارًا.

غاية البيان

جوابِ «مختصرِ الْقُدُورِيِّ» رحمه الله يَشْمَلُ النَّفسَ وما دونَها؛ لأنَّ الجنايةَ أعمُّ منْ أنْ تَكُونَ واقعةً علىٰ النَّفسِ، أوْ علىٰ ما دونَها، فيَكُونُ مُختارًا للفِداءِ إذا فعَلَ شيئًا مِنْ [٣/٤٤٤ظ] هذه الأشياءِ بعدَ العِلمِ بالجنايةِ، سواءٌ كانَتِ الجِنايةُ علىٰ النَّفسِ، أو علىٰ ما دونَها، فإنْ فعَلَ قبلَ العِلمِ؛ يَلْزَمُه الأقلُّ مِنْ قِيمةِ الجاني أو الأَرْشِ.

قولُه: (وَكَذَا الْمَعْنَىٰ لَا يَخْتَلِفُ)، أي: لَا يَخْتَلِفُ المَعنىٰ الَّذي يَكُونُ به مُختارًا للفِداءِ، أوْ لَا يَكُونُ مُختارًا في النَّفسِ وما دونَها؛ لأنَّه لَا يَصِحُّ الاختيارُ بدونِ [٨/١٩٣ظ/م] العِلمِ، فإذا عَلِمَ وفَعَلَ بعدَ ذلكَ الإعتاقِ ونحوِه؛ كانَ مُختارًا، وإنْ فعَلَ ولَمْ يَعْلَمْ؛ لَمْ يَكُنْ مُختارًا ويَلْزَمُه الأقلُّ؛ لأنَّه لَا حقَّ لِوَلِيِّ الجِنايةِ فيما زادَ علىٰ الأَرْشِ، إذا كانَ الأَرْشُ أقلَّ، وإذا كانَ قيمةُ الجاني أقلَّ يَلْزَمُ المَولىٰ ذلكَ؛ لأنَّه لَمْ يُفَوِّتْ بِفِعْلِه غيرَ ذلكَ.

قولُه: (وَإِطْلَاقُ الْبَيْعِ يَنْتَظِمُ الْبَيْعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي)، هذا علىٰ مَذْهبِهما ظاهرٌ؛ لأنَّ خيارَ المُشتري عندَهما ليسَ بمانعٍ لمِلْكِ المُشتري عِندَهما، وكذا عندَ أبي حَنِيفَةَ أيضًا رحمه الله؛ لأنَّه يَزُولُ مِلْكُ البائعِ، وإنْ لَمْ يَمْلِكِ المُشتري، فإذا باعَ معَ العِلمِ بالجِنايةِ والخيار للمُشتري؛ فقد فَوَّتَ مَحَلَّ الدَفْعِ، فكانَ مُختارًا للفِداءِ.

بخلافِ ما إذا باعَ والخيار له لَا للمُشْتري، حيثُ لَا يَكُونُ مُختارًا للفِداءِ؛ لأنَّه [ما فَوَّتَ مَحَلَّ الدَّفْعِ، فلم يُوجَدْ دليلُ اختيارِ الفِداءِ، وكذا إذا عَرَضَهُ علىٰ

وَلَوْ بَاعَهُ مَوْلَاهُ مِنَ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ؛ فَهُوَ مُخْتَارٌ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَهَبَهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحِقَّ لَهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ عِوَضٍ وَهُوَ مُتَحَقِّقٌ فِي الْهِبَةِ دُونَ الْبَيْعِ ، وَإِعْتَاقُ

غاية البيان

البيعِ بعدَ العِلم بالجنايةِ ، لَا يَكُونُ مُختارًا للفِداءِ ؛ لأنَّه][1] لَا يَزُولُ المِلْكُ بمُجرَّدِ العَرْضِ ، فَبَقِيَ الدَّفعُ مُمْكنًا كما كانَ .

وقالَ القُدُوريُّ رحمه الله في «شرحِه»: «وقالَ زُفَرُ رحمه الله: العَرضُ اختيارٌ ؛ لأنَّه يدلُّ على تَبْقِيَةِ المِلْكِ ، ولوْ باعَ بَيعًا فاسدًا لَا يَكُونُ مُختارًا للفِداءِ ؛ لعدمِ زوالِ المِلْكِ إلَّا إذا سَلَّمَهُ إلى المُشتري ، فحينئذٍ يَكُونُ مُختارًا لزوالِ المِلْكِ بالتَّسليمِ ، وإذا كاتَبَه بعدَ العِلمِ بالجِنايةِ كِتابةً فاسدةً ، بأنْ كاتَبَه على خَمْرٍ ، أوْ على خِنْزيرٍ ؛ كانَ مُختارًا للفِداءِ ؛ لأنَّ مُوجبَ عَقْدِ الكِتابةِ ـ وهوَ خروجُ العبدِ مِن يدِ المَولى ـ لَا مِنْ مِلْكِهِ يَثْبُتُ قبلَ قَبْضِ البَدَلِ ، فكانَ مُختارًا بِنَفْسِ العَقدِ»[2] .

قولُه: (وَلَوْ بَاعَهُ مَوْلَاهُ مِنَ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ؛ فَهُوَ مُخْتَارٌ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَهَبَهُ مِنْهُ).

قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في شرحِه لـ«مختصرِ الْكَرْخِيِّ»: «قالُوا في عَبْدٍ قَطَعَ يَدَ رجلٍ فَوَهَبَهُ مولاه له: فلَا شيءَ على المَولى ، وإنْ باعَه مِنَ المَجْنِيِّ عليه كانَ مُختارًا ، وذلكَ لأنَّه لوْ لَمْ يَهَبْهُ [أمكَنَه][3] التَّخَلُّصُ منَ الجِنايةِ بتسليمِه ، فلوْ ضَمِنَهُ لَضَمِنَهُ ؛ لأنَّه وَهَبَهُ ، والهِبَةُ لَا تُوجِبُ الضَّمانَ .

فأمَّا البيعُ: فيَجُوزُ أَنْ يُوجِبَ الضَّمانَ على البائعِ ، فصارَ كما لوْ باعَه مِنْ أَجْنَبِيٍّ ، وهذا لأنَّ الهِبَةَ تقعُ مَوقعَ الدَّفعِ المُسْتَحَقِّ ؛ لأنَّه تمليكٌ بغيرِ عِوَضٍ ، والبيعُ لَا يَقَعُ موقعَه ؛ لأنَّه تمليكٌ بِعِوَضٍ» .

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«غ» ، و«فا٢» ، و«م» ، و«ر» .

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٥/ داماد] .

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«غ» ، و«فا٢» ، و«م» ، و«ر» .

الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ بِأَمْرِ الْمَوْلَىٰ بِمَنْزِلَةِ إِعْتَاقِ الْمَوْلَىٰ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْمَأْمُورِ مُضَافٌ إِلَيْهِ.

وَلَوْ ضَرَبَهُ فَنَقَصَهُ، فَهُوَ مُخْتَارٌ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْجِنَايَةِ؛ لِأَنَّهُ حَبَسَ جُزْءًا

غاية البيان

قالَ: «ولوْ أمَرَ المَولىٰ المَجْنِيَّ عليه بِعِتْقِهِ فأعتَقه؛ صارَ المَولىٰ مُختارًا إذا كانَ عالمًا بالجِنايةِ؛ لأنَّ المَجْنِيَّ قامَ مقامَه في العِتقِ، فكأنَّه أَعْتَقَهُ بِنفْسِه»[١].

قولُه: (فِيمَا ذَكَرْنَاهُ)، أي: في العِلمِ بالجِنايةِ وعَدمِه.

قولُه: (وَلَوْ ضَرَبَهُ فَنَقَصَهُ؛ فَهُوَ [٨/١٩٤و/م] مُخْتَارٌ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْجِنَايَةِ). ذكَرَه علىٰ سبيلِ التَّفريعِ.

قالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «ولوْ ضرَبه ضَرْبًا أَثَّرَ فيه، وَنَقَصَهُ وهوَ يَعْلَمُ بالجِنايةِ؛ فهوَ مُخْتَارٌ، وإنْ كانَ لَا يَعْلَمُ فإنَّ عليه الأقلَّ منْ قيمتِه، ومِنْ أَرْشِ الجنايةِ [٣/٤٤٥و]، إلَّا أنْ يَرْضَىٰ وَلِيُّ الدَّمِ أنْ يأخذَه وبه ذلكَ النُّقصانُ بغيرِ ضَمانٍ يلْزمُهُ لذلكَ النُّقصانِ»[١]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله.

قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «شرحِه»: «وهذه المسألةُ أطلَقَ جوابَها في «الأصلِ»، فقالَ: يَكُونُ مختارًا، وإنَّما رُوِيَ عنْ أبي يُوسُفَ رحمه الله: أنَّه قالَ هذا التَّفصيلَ، فحَمَلَ أبو الحسنِ رحمه الله ما أَطْلَقَهُ في «الأصلِ» علىٰ تَفصيلِ أبي يُوسُفَ».

الدَّليلُ علىٰ أنَّه يَكُونُ مُختارًا: أنَّه حَبَسَ جُزْءًا منَ العَبدِ بِفِعْلِه، وَمَنَعَ مِن تَسْلِيمِه، فصارَ كأنَّه قالَ: اختَرْتُ بعضَه دونَ بعضٍ، فيَكُونُ مُختارًا لِجَميعِه، والَّذي قالَه أبو يُوسُفَ رحمه الله: فيَجُوزُ أنْ يَكُونَ قولُهم؛ لأنَّ المَنعَ منَ الدَّفعِ معَ النَّقصِ إنَّما ثَبَتَ لِحَقِّ وَلِيِّ الجِنايةِ، فإذا رَضِيَ به، فكأنَّه نقَصَ بآفَةٍ منَ السَّماءِ.

وقالَ الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «ولوْ ضرَبه المَولىٰ خطأً، فابْيَضَّتْ عَيْنُهُ،

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٧/ داماد].

مِنْهُ وَكَذَا إِذَا كَانَتْ بِكْرًا فَوَطِئَهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعلَقًا لما قلنا بخلاف التَزْويج؛ لِأَنَّهُ عَيْبٌ مِنْ حَيْثُ الْحُكْمِ، وَبِخِلَافِ وَطْءِ الثَّيبِ على ظاهر الرّواية؛ لأنّه

غاية البيان

وهوَ يَعْلَمُ بالجِنايةِ؛ فهوَ مُختارٌ، فإنْ ذَهَبَ البَياضُ قبْلَ أنْ يُخاصِمَ؛ فإنَّه يدْفعُ، أوْ يَفْدِي، وليسَ هذا باختيارٍ، وذلكَ لأنَّ بَياضَ العَيْنِ يمْنَعُ منَ الدَّفعِ للنَّقصِ الحاصلِ، وذلكَ النَّقصُ مُرَاعًى لِجوازِ أنْ يَزُولَ، فإذا زالَ صارَ كأَنْ لَمْ يكُنْ».

وقالَ الْكَرْخِيُّ ﵀ أيضًا: «ولوْ خُوصِمَ في حالِ البَياضِ، فضَمَّنَه القاضي الدِّيَةَ، وقدْ كانَ الضَّربُ منَ المَولى، وهوَ يَعْلَمُ بالجِنايةِ، ثُمَّ ذَهَبَ البَياضُ؛ فالقضاءُ نافذٌ لَا يُرَدُّ؛ لأنَّ تَعَذُّرَ الدَّفعِ كانَ مُراعًى، فلمَّا حَكَمَ الحاكمُ بِأَحَدِ وَجهَي المُراعاة؛ سَقَطَ الآخرُ»[1].

قولُه: (وَكَذَا إِذَا كَانَتْ بِكْرًا فَوَطِئَهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعَلَّقًا)، ذكَرَه على سبيلِ التَّفريعِ أيضًا، أي: يَكُونُ مُختارًا للفداءِ بِوَطْءِ البِكْرِ، وإنْ لَمْ يَكُنِ الوطْءُ مُعلَّقًا؛ لأنَّه أَتْلَفَ جُزْءًا منها بطريقِ المُشاهدةِ.

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا)، إشارةٌ إلى قولِه: (لِأَنَّهُ حَبَسَ جُزْءًا مِنْهُ).

قولُه: (بِخِلَافِ التَّزْوِيجِ)، أي: لَا يَكُونُ مُختارًا للفِداء بالتَّزويجِ؛ لأنَّه ليسَ بِنَقْصٍ حقيقةً وحِسًّا، وإنَّما هوَ عَيْبٌ حُكْمِيٌّ.

قولُه: (وَبِخِلَافِ وَطْءِ الثَّيِبِ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ)، أي: لَا يَكُونُ مُختارًا للفِداءِ بِوَطْءِ الثَّيِّبِ، وهذا هوَ ظاهرُ الرِّوايةِ.

قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «شرحِه»: «ومِنْ أصحابِنا مَن رَوَى عنْ أبي يُوسُفَ ﵀: أنَّ الوَطْءَ اختيارٌ في الثَّيِّبِ»[1].

وجهُ قولِهم المشهورِ: أنَّه استوفَى منفعةً على مِلْكِه، بحيثُ لَا تُوجِبُ نَقْصًا

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٧/ داماد].

لَا يَنْقُصُ مِنْ غَيْرِ إِعْلَاقٍ ، وَبِخِلَافِ الِاسْتِخْدَامِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ [٢٦٧/ظ] بِالْمِلْكِ ، وَلِهَذَا لَا يَسْقُطُ بِهِ خِيَارُ الشَّرْطِ وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا بِالْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ فِي الْأَظْهَرِ

غاية البيان

في العَيْنِ [٨/١٩٤ظ/م] ، فلَا تَمْنَعُ الدَّفعَ كالاستخدامِ ، وليسَ هذا كَوَطْءِ البِكْرِ ؛ لأنَّه إتلافٌ لِجُزْءٍ منها منْ طريقِ المُشاهدةِ .

ولأبي يُوسُفَ رحمه الله: أنَّ الوَطْءَ أُجرِيَ مَجْرىٰ إتلافِ جُزْءٍ ، ألَا تَرىٰ أنَّه إذا حَصَلَ في مِلْكِ الغَيرِ ؛ لم يَخْلُ مِنْ معنًى يَجِبُ به إمَّا عُقْرٌ أوْ حَدٌّ ، وأمَّا إذا عَلِقَتْ ؛ فقدْ تَعَذَّرَ الدَّفعُ فيها بالاستيلادِ ، فصارَ مُختارًا .

قولُه: (وَبِخِلَافِ الِاسْتِخْدَامِ) ، أي: لَا يَكُونُ مُختارًا للفِداءِ أيضًا .

قالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «فإنِ استخدمَه بعدَ العِلمِ بالجِنايةِ ، فَعَطِبَ بالخِدمةِ ؛ فلَا ضَمَانَ عليه ، ولَا يَكُونُ هذا اختيارًا ، وذلكَ لأنَّ الخِدمةَ لَا [٣/٤٤٥ظ] تَخْتَصُّ بالمِلْكِ ، فلَا تدلُّ علىٰ اختيارِ المِلْكِ ، ولهذا قالُوا في العبدِ المَشروطِ فيه الخِيارُ إذا استخدمَه المُشتري: إنَّ خيارَه باقٍ ، فكذلكَ لَا يَدُلُّ علىٰ الاختيارِ في مسألتِنا .

ولَا يَضْمَنُ المَولىٰ بِعَطَبِهِ في الخِدمةِ ؛ لأنَّه ليسَ بِمُتَعَدٍّ في استخدامِه ، ألَا تَرىٰ أنَّ منافِعَه علىٰ مِلْكِ المَولىٰ ، فمَوتُه منَ الخِدمةِ كمَوتِه بآفَةٍ سَماوِيَّةٍ ، وكذلكَ لوْ كانَ عليه دَيْنٌ فاستخدمَه ؛ لمْ يَضْمَنْ للغُرماءِ ؛ لِمَا بَيَّنَّا أنَّ المَنافعَ علىٰ مِلْكِه ، فاستخدامُه ليسَ بِتَعَدٍّ فيه»[1] .

قولُه: (وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا بِالْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ فِي الْأَظْهَرِ) .

قالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «فإنْ آجَرَهُ فإنَّ الحاكمَ يَنْقُضُ الإجارةَ ويَقُولُ له: ادْفَعْ أوِ افْدِ» .

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٧/ داماد] .

مِنْ الرِّوَايَاتِ، وَكَذَا بِالْإِذْنِ فِي التِّجَارَةِ وَإِنْ رَكِبَهُ دَيْنٌ، لِأَنَّ الْإِذْنَ لَا يُفَوِّتُ الدَّفْعَ وَلَا يُنْقِصُ الرَّقَبَةَ، إلَّا أَنَّ لِوَلِيِّ الْجِنَايَةِ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ قَبُولِهِ لِأَنَّ الدَّيْنَ لَحِقَهُ مِنْ جِهَةِ الْمَوْلَىٰ فَيلزم الْمَوْلَىٰ قِيمَتُهُ.

غاية البيان

وقالَ [الْكَرْخِيُّ][1] ﷺ أيضًا: «ولوْ كانَ رَهَنَه، وهوَ يَعْلَمُ، ثُمَّ افتكَّه، ثُمَّ خُوصِمَ في الجِنايةِ؛ فإنَّه يُقَالُ له: ادْفَعْهُ أو افْدِهِ، والعِلمُ في الرَّهنِ وغيرِ العِلمِ سواءٌ؛ لأنَّه يُمْكِنُه أن يَفْتَكَّه، فلَا يَكُونُ الرَّهنُ اختيارًا»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ ﷺ.

قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرحِه»: «وقدِ اختلفَ جوابُ هذه المسألةِ في كتابِ الدِّيَاتِ لِمُحَمَّدٍ ﷺ، فقالَ في بعضِ النُّسَخِ: إنَّ الإجارةَ والرَّهنَ لَيْسَا باختيارٍ، ولكنِ القاضي يَفْسَخُهُما وَيُخَيِّرُهُ»[2].

ووجهُ ذلكَ: أنَّ الإجارةَ تُفسَخُ بالعُذْرِ، وتَعَلُّقُ حَقِّ الجِنايةِ بالرَّقَبَةِ عُذْرٌ في الفَسْخِ، فلَمْ يَتِمَّ العَقْدُ، فلَا يَصِيرُ به مُختارًا، وكذلكَ الرَّهْنُ تَزُولُ عنه يَدُ المُرْتَهِنِ بغيرِ [اختيارِه][3] إذا قَضَاهُ الرَّاهِنُ الدَّيْنَ، فصارَ كالوديعةِ.

وقالَ في بعضِ النُّسَخِ: «إنَّه يَكُونُ اختيارًا». ووَجْهُهُ: أنَّ الإجارةَ والرَّهنَ يَتَعَلَّقُ بهما استحقاقُ اليَدِ علىٰ المَولىٰ، فصارَا كالبيعِ.

قولُه: (وَكَذَا بِالْإِذْنِ فِي التِّجَارَةِ وَإِنْ رَكِبَهُ دَيْنٌ)، أي: لَا يَصِيرُ مُختارًا للفِداءِ.

قالَ الْكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «وإنْ أَذِنَ له في التِّجارةِ، فاسْتَدَانَ دَيْنًا؛ فإنَّ الحاكمَ يُخَيِّرُهُ: إنْ شاءَ فَدَاهُ، وإنْ شاءَ [٨/١٩٥و/م] دَفَعَهُ بالجِنايةِ، وإذا أرادَ دَفْعَهُ فليسَ له ذلكَ إلَّا أَنْ يَرْضَىٰ المَجْنِيُّ عليه أن يقْبَله ويَبِيعَه في الدَّيْنِ عندَه، وإنَّما لَمْ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٧/ داماد].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

قَالَ: وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: إِنْ قَتَلْتَ فُلَانًا، أَوْ رَمَيْتَهُ، أَوْ شَجَجْتَهُ، فَأَنتَ حُرٌّ؛ فَهُوَ مُخْتَارٌ لِلْفِدَاءِ إِنْ فَعَلَ ذلك.

غاية البيان

يَصِرْ بالإذْنِ له في التِّجارةِ مُختارًا؛ لأنَّ الإذنَ لَا يُزِيلُ مِلْكَهُ، فلَا يَمْتَنِعُ دَفْعُه، فصارَ كاستخدامِه، فإذا لَحِقَهُ دَيْنٌ؛ فقد نَقَصَتِ الرَّقَبَةُ بسببٍ منْ جهةِ المَولىٰ، فَلِوَلِيِّ الجِنايةِ أنْ يمْتَنِعَ مِنْ قبولِه أيضًا ناقصًا بالدَّيْنِ، ويَلْزَمُ المَولىٰ القيمةُ؛ لأنَّه لمَّا بَطَلَ الدَّفعُ منْ غيرِ اختيارِه؛ وجَبَتِ القيمةُ»[١].

قالَ الحاكمُ الشَّهيدُ ﷺ في بابِ جِنايةِ المأذونِ في كتابِ «**المأذونِ الكبيرِ**» منْ «**مختصرِ الكافي**»: «وإذا جَنىٰ عَبْدُ الرَّجلِ، فَأَذِنَ له مولاه في التِّجارةِ، وهوَ يَعْلَمُ بالجِنايةِ أوْ لَا يَعْلَمُ، فباعَ أو اشترَىٰ، فَلَحِقَهُ دَيْنٌ؛ لَمْ يَصِرِ المَولىٰ مُختارًا للفِداءِ، وذلكَ لأنَّه لَمْ يَفْعَلْ فِعلًا يَمْتَنِعُ به الدَّفعُ، بَلْ يُقَالُ له: ادْفَعْه أوِ افْدِه؛ لقيامِه علىٰ مِلْكِه، فإنْ دَفَعَه بالجِنايةِ اتَّبَعَهُ الغُرماءُ، فَبِيعَ لهم إلَّا أنْ يَفْدِيَهُ صاحبُ الجِنايةِ بالدَّيْنِ، فإنْ فَدَاهُ صاحبُ الجِنايةِ [٣/٤٤٦و] بالدَّينِ، أو بِيعَ في الدَّيْنِ؛ رَجعَ صاحبُ الجِنايةِ علىٰ المَولىٰ بقيمةِ العبدِ فَسَلِمَتْ له؛ لأنَّ حَقَّهُ كانَ مُتَعَلِّقًا بِرَقَبَةٍ فارغةٍ».

وإنَّما جاءَ الشَّغْلُ بِفِعْلِ المَولىٰ، وصارَ الدَّفع عندَ ذلكَ منْ حيثُ الصُّورةُ لَا المَعنىٰ، وكانَ الواجبُ علىٰ المَولىٰ الدَّفعَ مِنْ كلِّ وجْهٍ صورةً ومَعنًىٰ، وقدِ امتنَعَ الدَّفعُ مَعنًىٰ مُضافًا إلىٰ فِعْلِه، وهوَ الإذنُ السَّابقُ، فَيَضْمَنُ قيمتَه[٢]. كذا في «**شرحِ الكافي**».

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: إِنْ قَتَلْتَ فُلَانًا، أَوْ رَمَيْتَهُ، أَوْ شَجَجْتَهُ[٣]، فَأَنْتَ حُرٌّ؛ فَهُوَ مُخْتَارٌ لِلْفِدَاءِ إِنْ فَعَلَ ذَلِكَ)، أي: قالَ في «**الجامعِ [الصغيرِ]**[٤]».

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٧/ داماد].
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٠٨].
(٣) وقع في الأصل: «شجيته». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

وَقَالَ زُفَرُ: لَا يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ لِأَنَّ وَقْتَ تَكَلُّمِهِ لَا جِنَايَةَ وَلَا عِلْمَ لَهُ بِوُجُودِهِ، وَبَعْدَ الْجِنَايَةِ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ فِعْلٌ يَصِيرُ بِهِ مُخْتَارًا؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ عَلَّقَ الطَّلَاقَ أَوْ الْعَتَاقَ بِالشَّرْطِ ثُمَّ حَلَفَ أَنْ لَا يُطَلِّقَ أَوْ لَا يُعْتِقَ وُجِدَ الشَّرْطُ وَثَبَتَ الْعِتْقُ وَالطَّلَاقُ لَا يَحْنَثُ فِي يَمِينِهِ تِلْكَ، كَذَا هَذَا.

غاية البيان

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵃: فِي الرَّجلِ يَقُولُ لِعَبْدِه: إنْ قَتَلْتَ فُلانًا فأنْتَ حُرٌّ، أوْ رَمَيْتَهُ فأنْتَ حُرٌّ، أوْ شَجَجْتَهُ فأنْتَ حُرٌّ، ففعَلَ مِنْ ذلكَ شيئًا، قالَ: فهوَ مُخْتَارٌ للدِّيَةِ»[1]. إلىٰ هنا لفْظ أصْلُ «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

وقالَ الحاكمُ الشَّهيدُ ﵀ في «مختصرِ الكافي»: «ولوْ قالَ لعَبْدِه: إنْ ضَرَبْتَ فُلانًا بِسَيْفٍ، أوْ بعَصًىٰ، أو بِسَوْطٍ، أو بِيَدِكَ، أو شَجَجْتَهُ، أوْ جَرَحْتَهُ؛ فأنْتَ حُرٌّ، ففَعَلَ ذلكَ فماتَ منه؛ عَتَقَ، والمَولىٰ مُخْتَارٌ للدِّيةِ إلَّا[2] فيما يَجِبُ فيه القِصاصُ»[3].

يَعْنِي: لَا يَجِبُ القِصاصُ علىٰ المَولىٰ، بَلْ يَجِبُ ذلكَ علىٰ العبدِ إذا فعَلَ ما يُوجِب القِصاصَ، وإنَّما تَجِبُ الدِّيَةُ علىٰ المَولىٰ إذا فعَلَ العبدُ شيئًا يُوجِبُ الدِّيَةَ، وهذا عِندَنا».

وقالَ زُفَرُ ﵀: لَا يَكُونُ المَولىٰ مُختارًا للفِداءِ، وعليه قِيمةُ العَبدِ. كذا في «**المُخْتَلِفِ**»[4] وغيرِه.

وجهُ قولِ زُفَرَ ﵀: أنَّ العِتقَ منَ المَولىٰ وُجِدَ منه بكلامٍ صَدَرَ قبلَ الجِنايةِ، وبعدَ الجِنايةِ لم يُوجَدْ منه فِعْلٌ، فلَا يَكُونُ مُختارًا [٨/١٩٥ظ/م] للفِداءِ.

والدَّليلُ علىٰ أنَّه لَمْ يُوجَدْ منه فِعْلٌ بعدَ الجِنايةِ: أنَّه لوْ عَلَّقَ الطَّلاقَ، أوِ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٦].
(٢) وقع في الأصل: «إلا أن». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٢٦].
(٤) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٨٨٦/٤].

وَلَنَا أَنَّهُ عَلَّقَ الْإِعْتَاقَ بِالْجِنَايَةِ وَالْمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ يُنَزَّلُ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ كَالْمُنَجَّزِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّ مَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ إِنْ دَخَلْت الدَّارَ فَوَاللهِ لَا أَقْرَبُك يَصِيرُ ابْتِدَاءُ الْإِيلَاءِ مِنْ وَقْتِ الدُّخُولِ ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهَا إِذَا مَرِضْت فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَمَرِضَ حَتَّىٰ طَلُقَتْ وَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ يَصِيرُ فَارًّا لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُطَلِّقًا بَعْدَ وُجُودِ الْمَرَضِ ، بِخِلَافِ مَا أَوْرَدَ لِأَنَّ غَرَضَهُ طَلَاقٌ

غاية البيان

العِتَاقَ بشَرْطٍ ثُمَّ حَلَفَ أَلَّا يُطَلِّقَ ، أَوْ أَلَّا يَعْتِقَ ، فَوُجِدَ الشَّرطُ بعدَ ذلكَ ، فَوَقَعَ الطَّلاقُ المُعَلَّقُ ، أو العِتاقُ المُعَلَّقُ ؛ لَا يَحْنَثُ في يَمِينِهِ ، فلوْ كانَ الفِعلُ موجودًا منه بعدَ الحَلِفِ لَحَنَثَ .

فكذا فيما نَحْنُ فيه ؛ لَمْ يُوجَدْ منه فِعْلٌ بعدَ الجِنايةِ ، ولكنَّه مُسْتَهْلِكٌ للرَّقبةِ علىٰ أولياءِ الجِنايةِ ، فيَجِبُ عليه قيمةُ العبدِ ، كَرَجُلٍ حَفَرَ بِئرًا علىٰ قارعةِ الطَّريقِ وله عَبْدٌ ، قَتَلَ هذا العبدُ رَجلًا خطأً ، ثُمَّ وَقَعَ العَبْدُ في البِئرِ فماتَ ؛ فإنَّ المَولىٰ لَا يَصِيرُ مُختارًا للدِّيةِ ، ولكنَّه يَكُونُ مُسْتَهلكًا للرَّقَبَةِ ، فيَجِبُ عليه قيمةُ العبدِ ، فكذا هاهنا .

ولنا: أنَّ الكلامَ صارَ إعتاقًا بعدَ الجِنايةِ ؛ لأنَّ المُعَلَّقَ بالشَّرطِ كَالمُنَجَّزِ عندَ وجودِه ، فصارَ كأنَّ العبدَ قتَلَ رجلًا خطأً ، ورآه المَولىٰ فأعتقَه بعدَ ذلكَ ؛ يَكُونُ مُختارًا للفِداءِ ، فكذا هاهنا .

أَلَا تَرَىٰ أنَّ رَجُلًا لوْ قالَ لامرأتِه: إذا مرضْتُ فأنتِ طالقٌ ثلاثًا ، فَمَرِضَ وماتَ مِنْ ذلكَ المَرضِ ؛ وَرِثَتِ المرأةُ ؛ لأنَّه لَمَّا أضافَ الطَّلاقَ إلىٰ المَرَضِ ؛ صارَ كأنَّه طَلَّقها بعدَ مَرَضِهِ .

وكذا لوْ قالَ لامرأتِه: إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ ؛ فواللهِ لَا أَقْرَبُكِ ، يَكُونُ ابتداءُ الإيلاءِ مِنْ [٣/٤٤٦ظ] وَقْتِ الدُّخولِ ، فكذا هنا يَصِيرُ كأنَّه أعتقَه بعدَ الجِنايةِ ، وهوَ يعْلَمُ بذلكَ ، ولأنَّ المَولىٰ حَرَّضَ عَبْدَهُ علىٰ مُباشرةِ الشَّرطِ ، وهوَ القتلُ بتعليقِ العِتقِ

أَوْ عِتْقٌ يُمْكِنُهُ الِامْتِنَاعُ عَنْهُ، إِذْ الْيَمِينُ لِلْمَنْعِ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَهُ مَا لَا يُمْكِنُهُ الِامْتِنَاعُ عَنْهُ، وَلِأَنَّهُ حَرَّضَهُ عَلَىٰ مُبَاشَرَةِ الشَّرْطِ بِتَعْلِيقِ أَقْوَىٰ الدَّوَاعِي إِلَيْهِ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَفْعَلُهُ، فَهَذَا دَلَالَةُ الِاخْتِيَارِ.

قَالَ: وَإِذَا قَطَعَ الْعَبْدُ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا، فَدُفِعَ إِلَيْهِ بِقَضَاءٍ، أَوْ بِغَيْرِ قَضَاءٍ،

غاية البيان

بذلكَ الشَّرْطِ؛ إِذِ العِتْقُ الَّذي يَحْصُلُ بوجودِ الشَّرطِ مِن أقوىٰ الدَّواعِي إلىٰ وجودِ الشَّرطِ؛ لأنَّ العِتْقَ مَحْبُوبٌ مرغوبٌ فيه.

فصارَ العِتْقُ المُعَلَّقُ بالشَّرطِ كالمُبتدأِ مِنَ المَولىٰ بعدَ وجودِ الشَّرطِ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ العبدَ يَفْعَلُ الشَّرطَ طَلبًا للحُرِّيةِ، فَيَقَعُ العِتْقُ، فكانَ مُختارًا للفِداءِ؛ لأنَّ اختيارَ الفِعلِ اختيارٌ لِمُوجَبِهِ، فَلَزِمَهُ الفِداءُ ضرورةً.

والجوابُ عمَّا ذكر زُفَرُ رحمه الله **أوَّلًا فنَقُولُ**: إنَّ غَرَضَ الحالفِ مِنْ يَمينِه ذلكَ المنعُ، وهوَ لَا يَقْدِرُ علىٰ الامتناعِ عمَّا عَلَّقَهُ قبلَ الحَلِفِ، فلَمْ يَكُنْ ذلكَ داخلًا تحتَ يَمينِه، ولَمْ يَكُنْ ذلكَ مُرادًا بيمينِه، بلْ كانَ المرادُ منها ما يُمْكِنُ الامتناعُ منه ممَّا يَحْدُثُ في المُستقبلِ، فلَمْ يَرِدْ ذلكَ علينا.

والجوابُ عنِ المسألةِ الثَّانيةِ: أنَّه إنَّما صارَ مُتلِفًا للعبدِ بالحَفْرِ، والحَفْرُ فِعْلٌ حقيقيٌّ، ولَا يُمْكِنُ جَعْلُه موجودًا بعدَ الجِنايةِ، فيَكُونُ مُمْتنعًا عنِ الدَّفعِ بِفِعْلٍ وُجِدَ منه قبلَ الجِنايةِ، فلَا يَصِيرُ مُختارًا للفِداءِ، فيَلْزَمُه قيمةُ العبدِ لإتلافِه.

قولُه: (**عَلَىٰ مُبَاشَرَةِ الشَّرْطِ**)، وهوَ القتلُ، أو الرَّمْيُ، أو الشَّجُّ.

قولُه: (**أَقْوَىٰ الدَّوَاعِي**)، أرادَ به الحُرِّيَةَ.

قولُه: (**إِلَيْهِ**) [١٩٦/٨و/م]، أي: إلىٰ الشَّرطِ، و«إلىٰ» مِن صِلَةِ الدَّواعي.

قولُه: (**قَالَ: وَإِذَا قَطَعَ الْعَبْدُ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا، فَدُفِعَ إِلَيْهِ بِقَضَاءٍ، أَوْ بِغَيْرِ قَضَاءٍ**،

فَأَعْتَقَهُ ثُمَّ مَاتَ مِنَ الْيَدِ؛ فَالْعَبْدُ صُلْحٌ بِالْجِنَايَةِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يُعْتِقْهُ؛ رُدَّ عَلَى الْمَوْلَى، وَقِيلَ لِلْأَوْلِيَاءِ: اقْتُلُوهُ أَوِ اعْفُوا عَنْهُ.

غاية البيان

فَأَعْتَقَهُ ثُمَّ مَاتَ مِنَ الْيَدِ؛ فَالْعَبْدُ صُلْحٌ بِالْجِنَايَةِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يُعْتِقْهُ؛ رُدَّ عَلَى الْمَوْلَى، وَقِيلَ لِلْأَوْلِيَاءِ: اقْتُلُوهُ أَوِ اعْفُوا عَنْهُ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ، عن يَعْقُوبَ، عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: في عَبْدٍ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ عَمداً، فَدُفِعَ العبدُ إليه بقضاءٍ أوْ بغيرِ قضاءٍ، فَأَعْتَقَهُ، ثُمَّ ماتَ المقطوعُ يدُه منْ ذلكَ، قالَ: العبدُ صُلْحٌ بالجنايةِ، وإنْ لَمْ يُعْتِقْهُ رُدَّ العبدُ على مَولاهُ، ويُقَالُ للأولياءِ: إمَّا أن تَقْتُلُوا، وإمَّا أن تَعْفُوا»[1]. إلى هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**»، وهذه مِنَ الخواصِّ، وهيَ النُّسخةُ المعروفةُ.

وقالَ فَخْرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ ﷺ في «شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ»: «وذُكِرَ في بعضِ نُسَخِ هذا الكِتابِ ـ أي: كتابِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**» ـ هذه المسألةُ على خلافِ هذا الوضعِ، وقالَ في رَجُلٍ قطَعَ يَدَ رَجُلٍ عَمداً، فصالَحَ القاطعُ المقطوعةَ يَدُه على عَبْدٍ، ودَفَعَه إليه فَأَعْتَقَهُ المقطوعةُ يَدُهُ، ثُمَّ ماتَ منْ ذلكَ، قالَ: العبدُ صُلْحٌ بالجِنايةِ، وإنْ لَمْ يُعْتِقْهُ رُدَّ على مَوْلَاهُ، وقِيلَ للأولياءِ: إمَّا أنْ تَقْتُلُوا، وإمَّا أَنْ تَعْفُوا، فاتَّفَقَ الجوابُ واختلفَ السُّؤالُ».

يَعْنِي: اتَّفَقَ جوابُ النُّسْخَتَيْنِ، حيثُ كانَ العبدُ صُلْحًا بالجِنايةِ إذا كانَ أَعْتَقَهُ، وإذا لَمْ يُعْتِقْهُ كانَ أولياءُ القَتيلِ على خِيَرةٍ بينَ العَفْوِ والقَتْلِ، ولكنِ اختلفَ السُّؤَالُ. أي: وَضْعُ المسألةِ؛ لأنَّ في النُّسخةِ المعروفةِ: «الجاني عَبْدٌ»، فدفعَ في قَطْعِ اليَدِ بدونِ لفظِ الصُّلحِ، وفي النُّسخةِ الثَّانيةِ: «الجاني حُرٌّ»، فدفعَ عَبْدَهُ بدلاً عنِ الصُّلْحِ في قَطْعِ اليَدِ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٨].

وَوَجْهُ ذَلِكَ وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُعْتِقْهُ وَسَرَىٰ تَبَيَّنَ أَنَّ الصُّلْحَ وَقَعَ بَاطِلًا لِأَنَّ الصُّلْحَ كَانَ عَنْ الْمَالِ؛ لِأَنَّ أَطْرَافَ الْعَبْدِ لَا يَجْرِي الْقِصَاصُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ أَطْرَافِ الْحُرِّ فَإِذَا سَرَىٰ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَالَ غَيْرُ وَاجِبٍ، وَإِنَّمَا الْوَاجِبُ هُوَ الْقَوَدُ فَكَانَ

غاية البيان

قالَ فَخْرُ الإسلامِ: «والأُولىٰ حُجَّةٌ علىٰ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه [٤٤٧/٣و] في الاختلافِ الَّذي بَيَّنَّا». يَعْنِي: إذا قطعَ الرَّجُلُ يَدَ رجُلٍ عَمْدًا، فقالَ المقطوعةُ يدُه: عَفَوْتُ عنِ القطعِ، ثُمَّ ماتَ منها، قالَ أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه: على القاطِعِ الدِّيَةُ في مَالِهِ.

وقالَ أبو يُوسُفَ ومُحَمَّدٌ رضي الله عنهما: العَفْوُ عنِ القَطْعِ [عَفْوٌ عنِ القطعِ][١] وعنِ النَّفْسِ، كما إذا عفَىٰ عنِ الجِنايةِ، أو عفَىٰ عنِ القَطعِ وما يَحْدُثُ منه، فلمَّا لَمْ يَكُنِ العَفْوُ عنِ القَطعِ عَفوًا عنِ الجِنايةِ على النَّفسِ على أَصْلِه؛ كانَ يَنْبَغِي أَلَّا يَقَعَ العبدُ المدفوعُ صُلحًا عنِ الجِنايةِ علىٰ النَّفسِ إذا ماتَ المجْنِيُّ عليه.

فقالَ فخرُ الإسلامِ: «وذكَر بعضُ مشايخِنا رحمهم الله في [١٩٦/٨ظ/م] الجوابِ: أنَّ المسألةَ موضوعةٌ في الجِنايةِ، وإنَّما أخَذُوا ذلكَ مِنْ قولِه: العبدُ صُلْحٌ بالجِنايةِ». قالَ: «وهذا التَّأويلُ باطلٌ؛ لأنَّه لوْ كانَ كذلكَ لَصَحَّ الصُّلْحُ أَعْتَقَهُ، أوْ لَمْ يُعْتِقْهُ، ولَمَّا فَصَّلَ وجَعَل للأولياءِ حقَّ القِصاصِ، فَبَطَلَ هذا التَّأويلُ».

ثُمَّ قالَ فخرُ الإسلامِ رحمه الله: «وقالَ بعضُهم: إنَّ هذا صُلْحٌ فَاسِدٌ عِندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، فَأَوْجَبَ المِلكَ فَصَحَّ إعتاقُه.

قالَ: «وهذا ليسَ بشيءٍ؛ لأنَّ هذا الصُّلْحَ باطلٌ أَصلًا عِندَ أبي حَنِيفَةَ، وإنَّما تَبْقَىٰ صورتُه شُبهةً، لَا أنْ يَكُونَ فاسدًا، ولوْ كانَ هذا علىٰ هذا الوجهِ؛ لَوَجَبَتْ علىٰ المُعتِقِ قيمةُ الَّذي أَعْتَقَهُ رَدًّا للفاسدِ، ووجبَتْ علىٰ الآخرِ الدِّيةُ، وإذا لَمْ يُعْتِقه رُدَّ العبدُ، فلَا يَجِبُ القِصاصُ؛ لأنَّ الفاسدَ لَا بُدَّ أنْ يَصِيرَ شُبهةً».

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

الصُّلْحُ وَاقِعًا بِغَيْرِ بَدَلٍ فَبَطَلَ [٢٦٨/و] وَالْبَاطِلُ لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ، كَمَا إِذَا وَطِئَ الْمُطَلَّقَةَ الثَّلَاثَ فِي عِدَّتِهَا مَعَ الْعِلْمِ بِحُرْمَتِهَا عَلَيْهِ فَوَجَبَ الْقِصَاصُ، بِخِلَافِ

غاية البيان

قالَ: «وإنَّما الجوابُ الصحيحُ: أنَّ الدَّفعَ في المسألةِ المعروفةِ باطلٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه؛ لأنَّه دَفْعٌ بالقَطعِ الَّذي كانَ مُوجبُه المالَ، فلمَّا سَرَىٰ صارَ مُوجبُه القِصاصَ، فلَمْ يَكُنِ الدَّفعُ فيه حُكْمًا؛ لأنَّ الدَّفعَ وَقَعَ عنْ غيرِ حقِّه، فبطَلَ الدَّفعُ، والباطلُ لَا يُورثُ الشُّبهةَ، كما إذا وَطِئَ المُطلَّقةَ الثَّلاثَ في عدَّتِها معَ العِلمِ بالحُرْمَةِ، حيثُ يَجِبُ الحَدُّ، فكذا هُنا لَمَّا لَمْ يُورثِ الشَّبْهَةَ؛ وَجبَ القِصاصُ، هذا إذا لَمْ يُعْتِقْهُ».

قالَ فخرُ الدِّين قاضي خان رحمه الله: «وهذا بخلافِ ما إذا عفىٰ عنِ اليَدِ، ثُمَّ سَرَىٰ إلىٰ النَّفس حيثُ لَا يَجِبُ القِصاصُ؛ لأنَّ العَفوَ أَبْطَلَ حُكْمَ الجِنايةِ، فصارَ شُبهةً في دَرْءِ القِصاصِ، فأمَّا الدَّفعُ في الجِنايةِ؛ فلَا يُبْطِلُ الجنايةَ، بَلْ يُقَرِّرُ مُوجبَ الجِنايةِ، وتقريرُ مُوجبِ الجِنايةِ لَا يَكُونُ إبطالًا لها».

أمَّا إذا أعتَقَه فماتَ، فقالَ فخرُ الإسلامِ رحمه الله: «إذا أعتقَه مع عِلْمِه أنَّه إذا سَرَىٰ بَطَلَ الدَّفعُ، فيَبْطُلُ إعتاقُه؛ كانَ ذلكَ منه دلالةً علىٰ ابتداءِ الصُّلحِ علىٰ رَقبةِ العَبدِ ممَّا يَحْدُثُ تحقيقًا لِمَا قَصَدَه».

يَعْنِي: لَوْ لَمْ يُجْعَلْ إقدامُهُ علىٰ الإعتاقِ صُلْحًا مبتدأً علىٰ رَقبةِ العَبدِ عمَّا يَحْدُثُ مِنَ القَطعِ؛ لَمْ يَصِحَّ إعتاقُه، فكانَ ذلكَ صُلْحًا مِنَ المَجْنِيِّ عليه؛ لأنَّ الإعتاقَ ممَّا لَا يَنْفَسِخُ، وكذا المَولىٰ راضٍ بالصُّلحِ أيضًا ظاهرًا؛ لأنَّه لَمَّا رَضِيَ بالعَبدِ أنْ يَكُونَ جزاءً عنِ القليلِ، فعَنِ الكثيرِ أَولىٰ. يَعْنِي: لمَّا رَضِيَ أنْ يَكُونَ عبْدُه جزاءً عنْ قَطْعِ اليَدِ؛ كانَ أَرْضَىٰ بأنْ يَكُونَ جزاءً عنِ النَّفس، فَجُعِلَ الإعتاقُ دلالةً علىٰ الصُّلحِ مِنَ المَجْنِيِّ عليه والمَولىٰ جميعًا، فإذا عُدِمَ [٣/٤٤٧و] الإعتاقُ فقدْ عُدِمَتْ هذه الدلالةُ.

مَا إذَا أَعْتَقَهُ لِأَنَّ إقْدَامَهُ عَلَى الْإِعْتَاقِ يَدُلُّ عَلَى قَصْدِهِ تَصْحِيحَ الصُّلْحِ؛ **لأنه لا صِحَّةَ لَهُ بِدُونِ**[1] **أَنْ يُجْعَلَ صُلْحًا عَنِ الْجِنَايَةِ، وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا** وَلِهَذَا لَوْ نَصَّ عَلَيْهِ وَرَضِيَ الْمَوْلَى بِهِ يَصِحُّ وَقَدْ رَضِيَ الْمَوْلَى بِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِكَوْنِ الْعَبْدِ عِوَضًا عَنْ الْقَلِيلِ يَكُونُ أَرْضَى بِكَوْنِهِ عِوَضًا عَنْ الْكَثِيرِ فَإِذَا أُعْتِقَ يَصِحُّ الصُّلْحُ

غاية البيان

قالَ: «وكذلكَ في المسألةِ [٨/١٩٧و/م] الثَّانيةِ: إنْ أعتَقه كانَ ذلكَ دلالةً على ابتداءِ الصُّلحِ، والجاني راضٍ بذلكَ أيضًا لِمَا قُلْنا، فانعقدَ صُلحًا مبتدأً، فإذا عُدِمَ الإعتاقُ عُدِمَتْ دلالةُ ابتداءِ الصُّلحِ، بَقِيَتِ الشُّبهةُ في حقِّ وُجوبِ القِصاصِ: أنَّ العَقدَ الثَّاني إذا لَمْ يتجدَّدْ[2] وبَطل الأوَّلُ؛ لِمَ لَا يَصِيرُ الأوَّلُ شُبْهَةً؟.

قالَ: «والجوابُ عنه: أمَّا في المسألةِ المعروفةِ: فالجوابُ سهلٌ؛ لأنَّ الدَّفعَ ليسَ بتصرُّفٍ مُبتدإٍ، بلْ هوَ تسليمٌ للواجبِ، فإذا بطَلَ الواجبُ؛ بَطَلَ التَّسليمُ أصلًا، فلَا يَبْقَى ما يَصْلُح شُبهةً، فوَجَبَ القَوَدُ.

وأمَّا في المسألةِ الأُخرى: وهيَ مسألةُ الصُّلحِ على رَقبةِ العَبدِ عنْ جِنايةِ مولاه؛ فإنَّه مُشْكِلُ الحُكْمِ بالقِصاصِ.

فقالَ مشايخُنا ﵏: لَا نَعْرِفُ لهذا تَأويلًا، إلَّا أنْ يُحْمَلَ جوابُ الكتابِ على القِياسِ: أنَّه يَجِبُ القصاصُ، وفي الاستحسانِ: تَجِبُ الدِّيةُ كما ذَكَرَ في هذا الكتابِ وغيرِه». كذا قالَ فَخْرُ الإسلامِ ﵀ في «**شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ**».

قولُه: (**لِأَنَّهُ لَا صِحَّةَ لَهُ بِدُونِ أَنْ يُجْعَلَ صُلْحًا عَنِ الْجِنَايَةِ، وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا**)، أي: لَا صِحَّةَ للإعتاقِ بدونِ أنْ يُجْعَلَ إقدامُ المَجْنِيِّ عليه على الإعتاقِ صُلحًا عنِ الجِنايةِ، وما يَحْدُثُ منها تَحقيقًا لِمَا قَصدَه، فكانَ إقدامُه عليه صُلْحًا مُبتدأً.

---

(١) في حاشية الأصل: «خ: إلا وأن».

(٢) وقع في الأصل: «يتحد». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

فِي ضِمْنِ الْإِعْتَاقِ ابْتِدَاءً وَإِذَا لَمْ يُعْتِقْ لَمْ يُوجَدْ الصُّلْحُ ابْتِدَاءً وَالصُّلْحُ الْأَوَّلُ وَقَعَ بَاطِلًا فَيُرَدُّ الْعَبْدُ إلَى الْمَوْلَى وَالْأَوْلِيَاءُ عَلَى خِيرَتِهِمْ فِي الْعَفْوِ وَالْقَتْلِ.

وَذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: رَجُلٌ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا فَصَالَحَ الْقَاطِعُ الْمَقْطُوعَةَ يَدَهُ عَلَى عَبْدٍ وَدَفَعَهُ إلَيْهِ فَأَعْتَقَهُ الْمَقْطُوعَةُ يَدُهُ ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ فَالْعَبْدُ صُلْحٌ بِالْجِنَايَةِ إلَى آخِرِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ الرِّوَايَةِ. وَهَذَا الْوَضْعُ يَرِدُ إشْكَالًا فِيمَا إذَا عَفَى عَنِ الْيَدِ، ثُمَّ سَرَى إلَى النَّفْسِ وَمَاتَ حَيْثُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ هُنَالِكَ، وَهُنَا قَالَ يَجِبُ. قِيلَ: مَا ذُكِرَ هُنَا جَوَابُ الْقِيَاسِ فَيَكُونُ الْوَضْعَانِ جَمِيعًا عَلَى الْقِيَاسِ

غاية البيان

قولُه: (وَذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ)، أي: في بعضِ نُسَخِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**»، وقدْ ذَكَرْنا تلكَ النُّسخةَ بتمامِها قبْلَ هذا.

قولُه: (وَهَذَا الْوَضْعُ يَرِدُ إشْكَالًا فِيمَا إذَا عَفَى عَنِ الْيَدِ، ثُمَّ سَرَى إلَى النَّفْسِ وَمَاتَ)، أي: وَضْعُ «**الجامعِ الصَّغيرِ**» في النُّسخةِ المعروفةِ، وفي النُّسخةِ الأُخرى جميعًا يَرِدُ إشكالًا في تلكَ المسألةِ.

أَعْنِي: فيما عفَى المقطوعةُ يدُه عنِ اليَدِ، ثُمَّ سَرَى القطعُ إلى النَّفسِ فماتَ، حيثُ لَا يَجِبُ القِصاصُ ثَمَّةَ، بَلْ تَجِبُ الدِّيةُ لِكَوْنِ العَفْوِ عنِ اليَدِ شُبْهَةً.

وفي مسألتِنا هنا: يَجِبُ القِصاصُ إذا لَمْ يُعْتِقْهُ المدفوعُ إليه، فَسَرَى القطعُ إلى النَّفسِ، فلَا يُجْعَلُ دَفْعُ العَبدِ في قَطْعِ اليَدِ شُبْهَةً، وهذا هوَ البيانُ.

وقالَ بعضُهم: أرادَ بهذا الوضعِ: الوضعَ الثَّاني. **يَعْنِي:** النُّسخةَ الَّتي هيَ غيرُ النُّسخةِ المعروفةِ مِن نُسَخِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**»، وذلكَ بعيدٌ عنِ التَّحقيقِ.

قولُه: (قِيلَ: مَا ذُكِرَ هُنَا جَوَابُ الْقِيَاسِ)، **يَعْنِي:** يَجِبُ القِصاصُ إذا لم يُعْتِقْهُ قياسًا في هذه المسألةِ على النُّسْخَتَيْنِ جميعًا.

وَالِاسْتِحْسَانِ. وَقِيلَ: بَيْنَهُمَا فَرْقٌ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الْعَفْوَ عَنْ الْيَدِ صَحَّ ظَاهِرًا لِأَنَّ الْحَقَّ كَانَ لَهُ فِي الْيَدِ مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ فَيَصِحُّ الْعَفْوُ ظَاهِرًا، فَبَعْدَ ذَلِكَ وَإِنْ بَطَلَ حُكْمًا يَبْقَىٰ مَوْجُودًا حَقِيقَةً فَكَفَىٰ ذَلِكَ لِمَنْعِ وُجُوبِ الْقِصَاصِ. أَمَّا هُنَا الصُّلْحُ لَا يُبْطِلُ الْجِنَايَةَ بَلْ يُقَرِّرُهَا حَيْثُ صَالَحَ عَنْهَا عَلَىٰ مَالٍ، فَإِذَا لَمْ يُبْطِلْ الْجِنَايَةَ لَمْ تَمْتَنِعْ الْعُقُوبَةُ، هَذَا إِذَا لَمْ يُعْتِقْهُ، أَمَّا إِذَا أَعْتَقَهُ فَالتَّخْرِيجُ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

غاية البيان

فأجابَ مُحَمَّدٌ رحمه الله بوجوبِ القِصاصِ قياسًا، وفي الاستحسانِ: تَجِبُ الدِّيَةُ، وثَمَّةَ في مسألةِ العَفوِ عنِ [٨/١٩٧ظ/م] اليَدِ وسِرايَته إلىٰ النَّفسِ بعدَ ذلكَ: تَجِبُ الدِّيَةُ استحسانًا، فَوَقَعَ جوابُ المسألةِ [٣/٤٤٨و] ثَمَّةَ: استحسانًا، وفي القِياسِ: يَجِبُ القِصاصُ ثَمَّةَ أيضًا، فكانَ الوضعُ في هذه المسألةِ، والوضعُ في تلكَ المسألةِ علىٰ القياسِ والاستحسانِ، فيَرِدُ القِياسُ والاستحسانُ في المسألتيْنِ جميعًا، فاندفَع الإشكالُ.

قولُه: (وَقِيلَ: بَيْنَهُمَا فَرْقٌ)، أي: بينَ هذه المسألةِ، وبينَ مسألةِ العَفوِ عنِ اليَدِ، حيثُ وَجَبَ القِصاصُ هنا [وإنْ لَمْ][1] يَجِبُ القصاصُ ثَمَّةَ، بلْ وجبَتِ الدِّيَةُ.

وجهُ الفرقِ: أنَّ في تلكَ المسألةِ صَحَّ العَفْوُ عنِ اليَدِ ظاهرًا؛ لأنَّ الحَقَّ له، فلمَّا سَرَىٰ تَبَيَّنَ أنَّ العَفْوَ كانَ عنْ غيرِ حقِّه، فَبَطَلَ العفوُ حُكْمًا، ولكنْ كانَ واقعًا حقيقةً، فكانَ ذلكَ شُبْهَةً في مَنْعِ القِصاصِ، وهُنا فيما نحنُ فيه الصُّلحُ لَا يُبْطِلُ الجِنايَةَ، بلْ يُقَرِّرُها، فوَجَبَ القصاصُ، وهذا معنىٰ قولِه: **(فَإِذَا لَمْ يُبْطِلِ الْجِنَايَةَ لَمْ تَمْتَنِعِ الْعُقُوبَةُ)**. وهيَ القِصاصُ.

قولُه: (إِذَا لَمْ يُعْتِقْهُ: فَالتَّخْرِيجُ مَا ذَكَرْنَاهُ)، وذلكَ أنَّ إقدامَه علىٰ الإعتاقِ يَدُلُّ علىٰ قَصْدِه تصحيحَ الصُّلحِ، فيَكُونُ العبدُ صُلْحًا بالجِناية، وقدْ مَرَّ تقريرُ ذلكَ قبلَ هذا.

(١) في الأصل: «ولم». والمثبت من: «فا٢»، و«ر».

قَالَ: وَإِذَا جَنَىٰ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ جِنَايَةً، وَعَلَيْهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَىٰ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْجِنَايَةِ؛ فَعَلَيْهِ قِيمَتَانِ: قِيمَةٌ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ، وَقِيمَةٌ لِأَوْلِيَاءِ الْجِنَايَةِ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ حَقَّيْنِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونٌ بِكُلِّ الْقِيمَةِ عَلَىٰ الِانْفِرَادِ:

غاية البيان

قولُه: (**قَالَ: وَإِذَا جَنَىٰ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ جِنَايَةً، وَعَلَيْهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَىٰ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْجِنَايَةِ؛ فَعَلَيْهِ قِيمَتَانِ: قِيمَةٌ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ، وَقِيمَةٌ لِأَوْلِيَاءِ الْجِنَايَةِ**)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

وصُورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ، عن يَعْقُوبَ، عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ أَذِنَ لعَبْدِه في التِّجارةِ، فادَّانَ أَلفًا، وقيمتُه ألفٌ، ثُمَّ جَنَىٰ جِنَايَةً فَأَعْتَقَهُ المَولىٰ، ولَا يَعْلَمُ، قالَ: عليه قِيمتانِ: قِيمةٌ لِوَلِيِّ الجِنايةِ، وقِيمةٌ للغُرماءِ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

وذلكَ لأنَّه أَتْلَفَ حَقَّيْنِ؛ لأنَّه أَتْلَفَ بالإعتاقِ حَقَّ البَيعِ علىٰ الغُرماءِ، وحَقَّ الدَّفعِ علىٰ صاحبِ الجِنايةِ، وحَقَّ الغُرماءِ في الثَّمنِ، وحَقَّ وَلِيِّ الجِنايةِ في الرَّقَبةِ، فكانَتْ جِنايتَيْنِ مُختلفتَيْنِ، ومُراعاةُ الحَقَّيْنِ كانَتْ مُمْكنةً منَ الرَّقبةِ، بأنْ تُدْفَعَ إلىٰ وَلِيِّ الجِنايةِ أوَّلًا، ثُمَّ تُباعُ في الدَّيْنِ.

وَأَوْرَدَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ ﷺ في «**شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ**» في هذا المَقامِ سؤالًا وجوابًا فقالَ:

«**فإنْ قيلَ**: لوْ كانَ أجنبيٌّ هوَ الَّذي قتَلَ العَبدَ؛ لَمْ يَجِبْ عليه أكثرُ مِنْ قِيمةٍ واحدةٍ، فَلِمَ يَجِبْ هاهنا قِيمتانِ؟

قِيلَ له: لأنَّ الأجنبيَّ لَمْ يَكُنْ مأخوذًا بالدَّفعِ، ولَا [١٩٨/٨و/م] بقضاءِ الدَّيْنِ، فلَا يَجِبُ [عليه][2] أكثرُ ممَّا أَتْلَفَهُ، وأمَّا المَولىٰ: فكانَ مُطالبًا بذلكَ، ألَا ترىٰ أنَّه

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٨].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

الدَّفْعُ لِلْأَوْلِيَاءِ، وَالْبَيْعُ لِلْغُرَمَاءِ، فَكَذَا عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ. وَيُمْكِنُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقَّيْنِ إِيفَاءً مِنَ الرَّقَبَةِ الْوَاحِدَةِ بِأَنْ يُدْفَعَ إِلَى [٢٦٨/ظ] وَلِيِّ الْجِنَايَةِ، ثُمَّ يُبَاعَ لِلْغُرَمَاءِ

غاية البيان

لَوْ قتَلَه وهوَ يَعْلَمُ بذلكَ؛ وَجَب عليه في الجِنايةِ الدِّيَةُ، ولوْ كانَ القتلُ مِنْ قِبَلِ الأجنبيِّ، لَا يَجِبُ عليه إلَّا قيمةٌ واحدةٌ.

قولُه: (وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْجِنَايَةِ)، وإنَّما قَيَّدَ بِعدمِ العِلمِ؛ لأنَّه إذا عَلِمَ ثُمَّ أَعْتَقَ؛ كانَ مُختارًا للفِداءِ، فوَجبَتِ الدِّيَةُ، ووَجبَتِ القِيمةُ لصاحبِ الدَّيْنِ؛ لأنَّ الإعتاقَ بعدَ العِلْمِ بالجِنايةِ يُوجِبُ الأَرْشَ لَا القِيمةَ، وقدْ مَرَّ ذلكَ في هذا البابِ.

قولُه: (بِأَنْ يُدْفَعَ إِلَى أَوْلِيَاءِ الْجِنَايَةِ، ثُمَّ يُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ)، وإنَّما يَعْمَلُ كذلكَ إيفاءً لِلْحَقَّيْنِ؛ لأنَّه إذا بُدِئَ بالدَّيْنِ، وبِيعَ فيه يَتَعَذَّرُ الدَّفْعُ إلى وَلِيِّ الجِنايةِ؛ لأنَّ المِلْكَ تَجَدَّدَ [٤٤٨/٣ظ] للمُشْتري، ولَمْ يُوجَدْ في يَدِه جِنايةٌ.

قالَ الحاكمُ الشَّهيدُ رحمه الله في «**مختصرِ الكافي**» في كتابِ المأذونِ الكبيرِ: «فإنْ أَعْتَقَهُ وعليه ديونٌ وجِناياتٌ أكثرُ مِنْ قِيمتِه، ولَمْ يَعْلَمْ بالجِنايةِ؛ غَرِمَ لأصحابِ الدَّيْنِ قيمتَه بالغةً ما بلغَتْ؛ لأنَّه ضمانُ مالٍ في حقِّهم، ولأصحابِ الجِنايةِ الأقلَّ مِنْ قِيمتِه ومِنْ عشرةِ آلافِ درهمٍ [إلَّا عشرةً][1]؛ لأنَّه قيمةُ الدَّمِ».

يَعْنِي: إذا كانَ المقتولُ عبدًا؛ أَوْجَبَ عليه قِيمتَيْنِ، وإنْ أَتْلَفَ رَقبةً واحدةً، ولوْ كانَ المُتْلِفُ أجنبيًّا؛ كانَ عليه قيمةٌ واحدةٌ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ رحمه الله **في تعليقِه**: «لأنَّ الضَّمانَ عليه بإتلافِ العَبدِ، وهوَ واحدٌ، والضَّمانُ على المَولى ليسَ بإتلافِ العَبدِ، ولكِنْ بإتْلافِ الحَقِّ، وقدْ أَتْلَفَ حَقَّيْنِ؛ لأنَّ هذه الرَّقبةَ تصْلُحُ وفاءً للحَقَّيْنِ على الكمالِ قبلَ العِتقِ، فإنَّ حُكْمَ الشَّرعِ عندَ اجتماعِ الدَّيْنِ والجِنايةِ أنْ يُدْفَعَ ثُمَّ يُباعَ، وقدْ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

فَيَضْمَنُهَا بِالْإِتْلَافِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ حَيْثُ تَجِبُ قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ لِلْمَوْلَىٰ وَيَدْفَعُهَا الْمَوْلَىٰ إِلَىٰ الْغُرَمَاءِ، لِأَنَّ الْأَجْنَبِيَّ إِنَّمَا يَضْمَنُ لِلْمَوْلَىٰ بِحُكْمِ الْمِلْكِ فَلَا يَظْهَرُ بِمُقَابَلَتِهِ الْحَقُّ؛ لأنه دُونَهُ، وَهُنَا يَجِبُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِإِتْلَافِ الْحَقِّ فَلَا تَرْجِيحَ فَيَظْهَرَانِ فَيَضْمَنُهُمَا.

قَالَ: وَإِذَا اسْتَدَانَتِ الْأَمَةُ الْمَأْذُونُ لَهَا، ثُمَّ وَلَدَتْ؛ فَإِنَّهُ يُبَاعُ الْوَلَدُ مَعَهَا فِي الدَّيْنِ، وَإِنْ جَنَتْ جِنَايَةً لَمْ يُدْفَعِ الْوَلَدُ مَعَهَا.

غاية البيان

تعذَّرَ كلُّ ذلكَ.

فمتىٰ فَوَّتَ حَقَّيْنِ ضَمِنَ قِيمتَيْنِ، ولَا خُصومةَ بينَ الغُرماءِ وأصحابِ الجِناياتِ، يُرِيدُ به أنَّه لَا يُشارِكُ بعضُهم بعضًا فيما يَسْتَوْفِي؛ لأنَّهما حقَّانِ مُختلفانِ، وَجَبَا بِسَبَبَيْنِ مُختلفيْنِ في مَحلَّيْنِ مُختلفَيْنِ، وإنْ أَعتقَه وهوَ يَعْلَمُ بالجِناياتِ؛ ضَمِنَ الجِناياتِ كلَّها؛ لأنَّه صارَ مُختارًا للفِداءِ في حقِّهم». كذا في «**شرحِ الكافي**».

قولُه: (فَيَضْمَنُهُمَا)، أي: يَضْمَنُ المَولىٰ الحَقَّيْنِ بالإعتاقِ لصاحبِ الدَّيْنِ وَوَلِيِّ الجنايةِ.

قولُه: (فَلَا يَظْهَرُ بِمُقَابَلَتِهِ الْحَقُّ؛ لِأَنَّهُ دُونَهُ)، أي: لأنَّ الحقَّ دونَ المِلْكِ. يَعْنِي: لَا يَضْمنُ الأجنبيُّ سِوىٰ قِيمةِ العَبدِ [١٩٨/٨ظ/م] للمَولىٰ، ولَا يَضْمَنُ لِوَلِيِّ الجِنايةِ شيئًا، ثُمَّ يَدْفعُ المَولىٰ تلكَ القِيمةَ إلىٰ وَلِيِّ الجِنايةِ وأصحابِ الدَّيْنِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا اسْتَدَانَتِ الْأَمَةُ الْمَأْذُونُ لَهَا، ثُمَّ وَلَدَتْ؛ فَإِنَّهُ يُبَاعُ الْوَلَدُ مَعَهَا فِي الدَّيْنِ، وَإِنْ جَنَتْ جِنَايَةً لَمْ يُدْفَعِ الْوَلَدُ مَعَهَا)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ عنْ يَعْقُوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في رَجُلٍ أَذِنَ لِأَمَتِهِ في التِّجارةِ، فَتَسْتَدِينُ دَيْنًا ثُمَّ تَلِدُ، قالَ: يُباعُ ولدُها معها في الدَّيْنِ، وإنْ جَنَتْ

وَالْفَرْقُ أَنَّ الدَّيْنَ وَصْفٌ حُكْمِيٌّ فِيهَا وَاجِبٌ فِي ذِمَّتِهَا مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهَا اسْتِيفَاءً فَيَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ كَوَلَدِ الْمَرْهُونَةِ، بِخِلَافِ الْجِنَايَةِ لِأَنَّ وُجُوبَ الدَّفْعِ

جِنايةً، ثُمَّ وَلَدَتْ؛ دُفِعَتِ الْأُمُّ ولَمْ يُدْفَعِ الوَلَدُ»[1]. إلى هنا لفظُ أصلِ **«الجامعِ الصَّغيرِ»**.

والفرقُ: أنَّ الدَّيْنَ واجبٌ عليها مُتعلِّق برَقبتِها، فيَتَعَلَّقُ بجميعِ أجزائِها، والولدُ مِنْ أجزائِها، فكما تُباعُ الأمُّ يُبَاعُ الولدُ، بمنزلةِ وَلَدِ المَرهونةِ.

أمَّا مُوجبُ الجِنايةِ: فالدَّفعُ أو الفِداءُ، وذلكَ على المَولى، فكانَتْ رَقبتُها خاليةً عنِ الحَقِّ، فلَا يَتَعَلَّقُ بالولدِ، وإنَّما تَصِيرُ الجاريةُ مِلْكًا لأولياءِ الجِنايةِ بعدَ التَّسليمِ، وبعدَ التَّسليمِ الولدُ مُنفصلٌ عنها.

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ رحمه الله: «وليسَ الجِنايةُ كالدَّيْنِ؛ لأنَّ مُوجبَ الجِنايةِ على المَولى في رَقبتِها، وأمَّا الدَّيْنُ في رَقبتِها، وليسَ على المَولى.

ألَا تَرى أنَّ المَولى لوْ باعَ الأَمَةَ وعليها دَيْنٌ؛ فَلِلغُرماءِ أنْ يُبْطِلُوا [٣/٤٤٩ظ] البَيعَ، ولوْ كانَتْ عليها جِنايةٌ فباعَها المَولى؛ فليسَ لأصحابِ الجِنايةِ أنْ يُبطِلُوا البَيعَ، ولكنَّهم يَتَّبِعُونَ المَولى، ولأنَّ تَعلُّقَ الدَّيْنِ بِرَقَبَةِ العَبدِ المأذونِ أمْرٌ حُكْميٌّ، والأوصافُ الحُكميَّةُ تَسْرِي إلى الوَلدِ كالكتابةِ والرَّهنِ، وأمَّا مَحَلُّ الدَّفعِ [فهوَ كالجاني][2]، والدَّفعُ وَصْفٌ حقيقيٌّ، والأوصافُ الحقيقيَّةُ لَا تَسْرِي إلى الوَلَدِ.

وجُملة القولِ فيه: ما قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ رحمه الله: «وإذا جَنَتِ الأَمَةُ [جِنايةً][3]، ثُمَّ وَلَدَتْ وَلَدًا، أو اكْتَسَبَتْ كَسْبًا، أو جُنِيَ عليها، فَأَخَذَ المَولى أَرْشَهَا؛ فإنَّه يَدْفَعُهَا بالجِنايةِ وأَرْشَها، ولَا يَدْفَعُ وَلَدَها وكَسْبَها؛ لأنَّ حُكْمَ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٧].

(٢) وقع في الأصل: «وهو الجاني». والمثبت من «فا٢».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

فِي ذِمَّةِ الْمَوْلَىٰ لَا فِي ذِمَّتِهَا، وَإِنَّمَا يُلَاقِيهَا أَثَرُ الْفِعْلِ الْحَقِيقِيِّ وَهُوَ الدَّفْعُ وَالسِّرَايَةُ فِي الْأَوْصَافِ الشَّرْعِيَّةِ دُونَ الْأَوْصَافِ الْحَقِيقِيَّةِ.

غاية البيان

الجنايةِ وُجُوبُ الدَّفعِ بالجِنايةِ، وولدُها وكَسْبُها لَا يُوصَفُ بالجِنايةِ.

وليسَ هذا مِن قَبيلِ حَقٍّ وَجَبَ في رَقَبتِها حتَّىٰ يَسْرِيَ إلىٰ وَلَدِها بمنزلةِ الدَّيْنِ؛ لأنَّ الواجبَ في الحقيقةِ الفِعلُ على المَولىٰ، ومَنْ وَجَبَ عليه الفِعلُ في مَحَلٍّ؛ لَا يَلْزَمُه الفِعلُ في مَحَلٍّ آخرَ، ومتىٰ لَمْ يَجِبْ دَفْعُ ولدِها؛ لئلَّا يَجِبَ دَفْعُ كَسْبِهَا، وهوَ أَبعدُ مِنَ الوَلَدِ أَولىٰ، ووجَبَ دَفْعُ الأَرْشِ [٨/١٩٩و/م]؛ لأنَّه بدلُ الطَّرَفِ، قائمٌ مَقامَ الطَّرَفِ، فكأنَّ الطَّرَفَ قائمٌ، ولوْ كانَ قائمًا حقيقةً يَلْزَمُه دَفْعُها؛ لأنَّها واجبةُ الدَّفعِ بجميعِ أجزائِها، فكذا إذا كانَ قائمًا حُكْمًا.

وإنْ كانَ وَجَبَ لها الأَرْشُ قبْلَ جِنايتِها؛ لَمْ يُدْفَعِ الأَرْشُ معها؛ لأنَّ حَقَّ وَلِيِّ الجِنايةِ لَمْ يَكُنْ مُتَعَلِّقًا بِطَرَفِها حينَ جَنَتْ، فلَا يتعلَّقُ بأَرْشِها، فإنْ لَمْ يُعْلَمْ ذلكَ، فالقولُ فيه قولُ المَولىٰ؛ لأنَّه عُرِفَ حَقًّا للمَولىٰ، ولَا يَثْبُتُ الاستحقاقُ عليه بالشَّكِّ.

وإنْ كانَ وَجَبَ لها الأَرْشُ بعدَ جنايتِها، فاستهلكَ المَولىٰ الأَرْشَ، أوْ وَهَبَهُ للجاني عليها؛ لَمْ يكُنْ مُختارًا، وله أنْ يَدْفَعَهَا ويَغْرَمَ مثلَ ما استَهلَك مِنْ أَرْشِهَا، وإنْ كانَ الجاني عليها عبْدٌ، فَدُفِعَ بالجِنايةِ، وَقَبَضَهُ المَولىٰ دَفَعَهُ معها بجِنايتِها؛ لأنَّ العبدَ قائمٌ مقامَ طَرَفِها، وقدْ ذَكَرْنا أنَّها واجبةُ الدَّفعِ بجميعِ أجزائِها عندَ اختيارِ الدَّفعِ كما في الأَرْشِ، فإنْ أَعْتَقَ العَبدَ صارَ مُختارًا للأَمَةِ وعليه الدِّيَةُ؛ لأنَّ العبدَ قائمٌ مقامَ الطَّرفِ، فصارَ إعتاقُه واستهلاكُه بمنزلةِ استهلاكِ طرفِها حقيقةً.

ولوِ استهلكَ طَرَفَها حقيقةً، أليسَ يُجْعَلُ مُختارًا للفِداءِ في كلِّها؛ لأنَّه ممَّا لَا يتجزَّأُ؟ فكذا إذا استهلكَ ما هوَ قائمٌ مقامَ طَرَفِها حُكْمًا، بخلافِ ما إذا أَتْلَفَ الأَرْشَ وهوَ دراهمُ، أو دَنانيرُ، حيثُ لَمْ يُجْعَلْ مُختارًا للفِداءِ، وإنْ كانَ قائمًا مقامَ طَرَفِها

وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ لِرَجُلٍ، زَعَمَ رَجُلٌ أَنَّ مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ، فَقَتَلَ الْعَبْدُ وَلِيًّا لِذَلِكَ الرَّجُلِ خطأً؛ فَلا شَيْءَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا زَعَمَ أَنَّ مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ فَقَدْ ادَّعَى الدِّيَةَ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَأَبْرَأَ الْعَبْدَ وَالْمَوْلَى إِلَّا أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ عَلَى الْعَاقِلَةِ مِنْ غَيْرِ حُجَّةٍ.

غاية البيان

حُكْمًا؛ لأنَّ الأَرْشَ غيرُ مُتَعَيَّنٍ للدَّفعِ شرعًا.

ألَا تَرَىٰ أنَّه لوْ أَمْسَكَها ودَفَعَ مِثْلَه، له ذلكَ، فلَا يَتَحَقَّقُ استهلاكُ ما لَزِمَهُ دَفْعُهُ حتَّىٰ يَصِيرَ مُختارًا، بخلافِ العَبدِ، فإنَّه مُتَعَيِّنٌ الدَّفعِ عندَ اختيارِ الدَّفعِ، ولوْ أَعْتَقَ العبدَ، وهوَ لَا يَعْلَمُ بالجِنايةِ من الأَمَةِ؛ دَفَعَ الأَمَةَ وقيمةَ العَبدِ؛ لأنَّه بمنزلةِ بعضِ العَبْدِ، والحُكْمُ في كلِّ الجِنايةِ هكذا إذا امتَنعَ دَفْعُهَا وهوَ لَا يَعْلَمُ [٣/٤٤٩ظ] بجِنايتِها، فكذا في بَعضِها». كذا في «شرحِ الكافي».

قولُه: (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ لِرَجُلٍ، زَعَمَ رَجُلٌ أَنَّ مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ، فَقَتَلَ الْعَبْدُ وَلِيًّا لِذَلِكَ الرَّجُلِ خَطأً؛ فَلَا شَيْءَ لَهُ). وهذه مسألة «الجامعِ الصَّغيرِ».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: في عَبْدٍ لِرَجُلٍ، زَعَمَ رجُلٌ أنَّ مولاهُ أَعْتَقَهُ، ثُمَّ إنَّ العَبْدَ جَنَىٰ علىٰ وَلِيٍّ هذا الَّذي زَعَمَ أنَّه أَعْتَقَهُ فَقَتَلَهُ خَطأً، قالَ: ليسَ [لهذا الَّذي][1] زَعَمَ أنَّه أَعْتَقَهُ قَلِيلٌ ولَا كَثِيرٌ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ مُحَمَّدٍ ﷺ في أصلِ «الجامعِ الصَّغيرِ».

وذلكَ لأنَّ مِنْ زَعْمِ المُقِرِّ بالعِتْقِ: أنَّ مُوجَبَ جِنايتِهِ علىٰ عاقِلَتِه، فكانَ [٨/١٩٩ظ/م] ذلكَ منه إبراءً للمَولىٰ والعبدِ، فَلَزِمَهُ ما أَقَرَّ به منَ الإبراءِ؛ لأنَّ الإنسانَ مُؤاخَذٌ بِزَعْمِهِ، ولَمْ يَصِحَّ ما ادَّعاه منْ غيرِ حُجَّةٍ، فلَمْ يَكُنْ له شيءٌ أصلًا. كذا قالوا في «شروحِ الجامعِ الصَّغيرِ».

---

(١) وقع في «الأصل»: «هذا». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٧].

قَالَ: وَإِذَا أُعْتِقَ الْعَبْدُ، فَقَالَ لِرَجُلٍ: قَتَلْتُ أَخَاكَ خَطَأً وَأَنَا عَبْدٌ، وَقَالَ الْآخَرُ: قَتَلْتَهُ وَأَنْتَ حُرٌّ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ لِلضَّمَانِ لَمَّا أَنَّهُ أَسْنَدَهُ إِلَىٰ حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ، إِذْ الْكَلَامُ فِيمَا إِذَا عُرِفَ رِقُّهُ، وَالْوُجُوبُ فِي جِنَايَةِ الْعَبْدِ عَلَىٰ الْمَوْلَىٰ دَفْعًا أَوْ فِدَاءً، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ طَلَّقْت امْرَأَتِي وَأَنَا صَبِيٌّ أَوْ بِعْت دَارِي وَأَنَا صَبِيٌّ، أَوْ قَالَ طَلَّقْت امْرَأَتِي وَأَنَا مَجْنُونٌ

غاية البيان

قولُه: (**قَالَ: وَإِذَا أُعْتِقَ الْعَبْدُ، فَقَالَ [لِرَجُلٍ]**[1]: **قَتَلْتُ أَخَاكَ خَطَأً وَأَنَا عَبْدٌ، وَقَالَ الْآخَرُ: قَتَلْتَهُ وَأَنْتَ حُرٌّ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ**)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵃: في عَبْدٍ أُعْتِقَ، ثُمَّ قالَ لرَجُلٍ: قَتَلْتُ أَخَاكَ خطَأً وأنا عَبْدٌ، وقالَ الرَّجُلُ: بَلْ قَتَلْتَهُ[2] وَأَنْتَ حُرٌّ، قالَ: القَوْلُ قَوْلُ العَبْدِ إذا عُلِمَ أَنَّه كانَ عَبْدًا فَأُعْتِقَ»[3]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

وذلكَ لأَنَّهما اتَّفقا علىٰ بَرَاءَةِ العَبْدِ؛ لأَنَّه إنْ كانَ قَتَلَهُ وهوَ عَبْدٌ فإنَّ الضَّمانَ علىٰ مولاه قيمةُ العَبْدِ أو الفِداءُ؛ لأَنَّ المَولىٰ إذا أَعْتَقَهُ بعدَ العِلمِ بالجِنايَةِ فعَلَيْهِ الفِداءُ، وإنْ كانَ أَعْتَقَهُ قبلَ العِلمِ فعَليه القِيمةُ، وإنْ كانَ قتَلَه بعدَ الإعتاقِ فذلكَ علىٰ عاقِلَةِ مولاه، وإنْ كانَ حُرًّا فذلكَ علىٰ عاقِلَتِهِ أيضًا.

وإنْ كانَ لَا عاقِلَةَ له فحِينئذٍ يَلْزَمُ مُوجَبُ جِنايَتِهِ عليه، فإذنِ العَبْدُ أَنْكَرَ الضَّمانَ أصلًا، لِمَا أنَّه نَسَبَهُ إلىٰ حالةٍ معهودةٍ تُنافي وجوبَ الضَّمانِ؛ لأَنَّه لَا يُتَصوَّرُ وجوبُ الضَّمانِ في قَتْلِ الخطأِ علىٰ العَبْدِ في حالِ رِقِّهِ أصلًا، فكذلكَ جُعِلَ القولُ قولَ العَبْدِ في هذه المسألةِ بالإجماعِ.

بخلافِ المسألةِ الَّتي تَلِيها، كما إذا قالَ البالغُ: طَلَّقْتُ امرأتي وأنا صَبِيٌّ، أو

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٢) وقع في «الأصل»: «رجل قتلته». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٣) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٧].

أَوْ بِعْت دَارِي وَأَنَا مَجْنُونٌ وَقَدْ كَانَ جُنُونُهُ مَعْرُوفًا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: وَمَنْ أَعْتَقَ جَارِيَةً، ثُمَّ قَالَ لَهَا: قَطَعْتُ يَدَكِ وَأَنْتِ أَمَتِي، وَقَالَتْ: قَطَعْتَهَا وَأَنَا حُرَّةٌ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا أُخِذَ مِنْهَا إلا الْجِمَاعِ وَالْغَلَّة اسْتِحْسَانًا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَضْمَنُ إلَّا شَيْئًا بِعَيْنِهِ يُؤْمَرُ بِرَدِّهِ عَلَيْهَا؛ لأنه منكر وُجُوبَ الضَّمَانِ لِإِسْنَادِهِ الْفِعْلَ إلَى

غاية البيان

قالَ العاقِلُ: طَلَّقْتُ امرأتي وأنا مَجنونٌ، وكانَ جُنونُه معروفًا؛ يَكُونُ القولُ قولَه؛ لأنَّه أَسْنَدَ إقرارَه إلىٰ حالةٍ معهودةٍ مُنافيةٍ لِصحَّةِ الإقرارِ؛ لأنَّ الصِّبَا والجُنونَ يُنَافِي ذلكَ، وكذلكَ إذا قالَ: أقررْتُ بهذا المالِ لفلانٍ وأنا صَبِيٌّ، وقالَ المُقَرُّ له: بلْ أقرَرْتَ به وأنْتَ بالغٌ؛ فالقولُ قولُ المُقِرِّ؛ لأنَّ الصِّبَا يُنَافِي وجوبَ الإقرارِ، وكذا إذا قالَ لعَبْدِه: أعتقتُك قبلَ أنْ أُخْلَقَ، أوْ قبلَ أن تُخْلَقَ.

قولُه: (لِمَا ذَكَرْنَا)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (**لَمَّا أَنَّهُ أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ**).

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَعْتَقَ جَارِيَةً، ثُمَّ قَالَ لَهَا: قَطَعْتُ يَدَكِ وَأَنْتِ أَمَتِي، وَقَالَتْ: قَطَعْتَهَا وَأَنَا حُرَّةٌ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا أُخِذَ مِنْهَا غَيْرَ الْجِمَاعِ وَالْغَلَّةِ اسْتِحْسَانًا، وَهَذَا [٣/٤٥٠و] **عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ** رضي الله عنهما، **وَقَالَ مُحَمَّدٌ** رحمه الله: **لَا يَضْمَنُ إلَّا شَيْئًا بِعَيْنِهِ يُؤْمَرُ بِرَدِّهِ عَلَيْهَا)**، أي: قالَ في **«الجامعِ الصَّغيرِ»**.

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ، عَنْ [٨/٢٠٠و/م] يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في رَجُلٍ أعتقَ جاريةً له، ثُمَّ قالَ لها: قَطَعْتُ يَدَكِ وأنْتِ أَمَتِي، فقالَتْ: لَا، بلْ قَطَعْتَهَا وأنا حُرَّةٌ، قالَ: القولُ قولُ الجاريةِ، وكذلكَ ما أُخِذَ منها إلَّا الجِماعَ والغَلَّة، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ وأبي يُوسُفَ رضي الله عنهما.

وقالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: لَا يَضْمَنُ في شيءٍ منْ ذلكَ، والقولُ قولُه، إلَّا أن يُقِرَّ

حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ [٢٦٩/و] ....

غاية البيان

المَولىٰ بشيءٍ بِعَيْنِهِ في يَدِه فيَرُدَّه، ولَا يُصَدَّقُ عليه. وإذا قالَ: جَامَعْتُكِ وأنْتَ أَمَةٌ لي، فقالَتْ: لَا، ولكنَّك جَامَعْتَنِي وأنا حُرَّةٌ؛ فالقولُ قولُ الرَّجلِ في قولِهم جميعًا»(١). إلىٰ هنا لفظُ مُحَمَّدٍ رحمه الله في أصلِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

وجهُ قولِ مُحَمَّدٍ رضي الله عنه: أنَّه أضافَ الفِعلَ إلىٰ حالةٍ معهودةٍ تُنَافِي تلكَ الحالُ وُجوبَ الضَّمانِ، فكانَ القولُ قولَه كما في المسألةِ الأُولىٰ، وكما في الوَطْءِ والغَلَّةِ.

وذكرَ القُدُورِيُّ رحمه الله **في «التَّقريبِ»**: قولَ زُفَرَ كقولِ مُحَمَّدٍ رحمهما الله.

ولهما: أنَّ المَولىٰ ما أضافَ إقرارَه إلىٰ حالةٍ مُنافيةٍ للضَّمانِ، فإنَّ قَطْعَ المَولىٰ يدَها يُوجِبُ الضَّمانَ إذا كانَتْ مَدْيونةً، وكذلكَ إذا أتلفَ مِنْ كَسْبِ عبْدِه المأذونِ المَدْيونِ يَضْمَنُ، فلَا يَكُونُ مُنكِرًا للضَّمانِ، بَلْ يَكُونُ مُدَّعِيًا للبراءةِ.

بخلافِ العُقْرِ، فإنَّ حقَّ الغُرماءِ لَا يَتَعَلَّقُ بمنافعِ بُضْعِهَا، وإنْ كانَتْ مَدْيونةً؛ لأنَّها ليسَتْ بمالٍ، فلَمْ يَكُنْ مُقِرًّا، بَلْ كانَ مُنْكِرًا، وكذلكَ أَخْذُ الغَلَّةِ، فإنَّ المَولىٰ إذا ضرَبَ علىٰ عَبْدِه غَلَّةً، وهوَ مَدْيونٌ يَصِحُّ، ولوْ أخَذَ لَا يَكُونُ مَضمونًا علىٰ المَولىٰ، فكانَ مُنْكِرًا. كذا ذكَرَ فَخْرُ الدِّين قاضي خان في «**شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ**».

ولأنَّ قَطْعَ المَولىٰ لِيَدِ عَبْدِه جنايةٌ، بدلالةِ أنَّه لَا يَمْلِكُ ذلكَ، ومتىٰ اعترفَ بجِنايةٍ ثُمَّ ادَّعىٰ معنًىٰ يُوجِبُ سقوطُ الضَّمان؛ لم يُصَدَّقْ، كَدَعْوَىٰ البَراءة، ولأنَّه لمَّا أَقَرَّ بالجناية، ثُمَّ ادَّعىٰ التَّاريخَ، وكلُّ أمْرٍ حادِثٍ لَا يُعْلَمُ تاريخُه؛ يُحْكَمُ بوقوعِه في أقربِ الأوقاتِ، وأقربُ الأوقاتِ حالُ الخُصومةِ، فيَتَعَلَّقُ به الضَّمانُ.

قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله **في «التَّقريبِ»**: «ولَا يَلْزَمُ علىٰ هذا إذا قالَ الحاكمُ بعدَ العَزْلِ: قَطْعتُ يَدَكَ في سرقةٍ، أو قِصاصٍ؛ لأنَّ فِعْلَ الحاكمِ ليسَ بجِنايةٍ، ومتىٰ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٨].

....

لَمْ يَعْتَرِفْ بجنايةٍ قُبِلَ قولُه في إضافةِ ذلكَ إلىٰ حالةٍ معلومةٍ».

وقالَ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله: «وهذه المسائلُ علىٰ ثلاثةِ أوجهٍ:

في وجهٍ قالَ فيه: يَكُونُ القولُ قولَ المَولىٰ.

وفي وجهٍ: يَكُونُ القولُ قولَ الجاريةِ.

وفي وجهٍ: اختَلَفُوا.

فأمَّا الوجهُ الَّذي يَكُونُ القولُ فيه قولَ الجاريةِ: إنَّه إذا أَقَرَّ المَولىٰ أنَّه أخَذَ منها مالًا، والمالُ قائمٌ في يَدِ المَولىٰ وَقْتَ [٨/٢٠٠ظ/م] المُنازعةِ، فقالَ المَولىٰ: أخذتُه منكِ قبلَ العِتقِ، وقالَتِ الجاريةُ: أخذتَه منِّي بعدَ العِتقِ؛ فالقولُ قولُها؛ لأنَّ الاختلافَ وقَعَ في تحويلِ المالِ، فادَّعىٰ المولىٰ أنَّه تحَوَّلَ إلىٰ مِلْكِه، والجاريةُ مُنْكِرةٌ، فالقولُ قولُها.

وأمَّا الوجهُ الَّذي يَكُونُ القولُ فيه قولَ المَولىٰ: إذا أخَذَ منها الغَلَّةَ، أوْ وَطِئَها [٣/٤٥٠ظ] وقال: إنَّما فعلْتُ ذلكَ في حالِ الرِّقِّ، وقالَتِ الجاريةُ: بَلْ فَعَلْتَ في حالِ الحُرِّيَةِ؛ فالقولُ قولُ المَولىٰ؛ لأنَّ وَطْءَ الحُرَّةِ مَرَّةً يُوجِبُ المالَ، ومَرَّةً لَا يُوجِبُ؛ لأنَّه لوْ كانَ زنَىٰ بالجاريةِ؛ لَا يَجِبُ به المَهرُ.

وفي أَخْذِ الغَلَّةِ أيضًا مَرَّةً يَجِبُ الضَّمانُ، ومَرَّةً لَا يَجِبُ؛ لأنَّه لوْ غَصَبَ الحُرَّ واستغلَّه؛ لَا يَجِبُ الضَّمانُ، فلمَّا كانَ في الحُرِّ مَرَّةً يَجِبُ الضَّمانُ، ومَرَّةً لَا يَجِبُ، ومَرَّةً لَا يَجِبُ المهرُ لِلأَمَةِ؛ اشتبَهَ الأمرُ، فلَا يَجِبُ بالشَّكِّ.

وأمَّا الوجهُ الَّذي اختَلَفُوا فيه: فهوَ ما إذا استهلكَ مالَها، أو قطَعَ يدَها علىٰ الاختلافِ الَّذي ذَكَرْنا».

كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَىٰ وَكَمَا فِي الْوَطْءِ وَالْغَلَّةِ. وَفِي الشَّيْءِ الْقَائِمِ أَقَرَّ بِيَدِهَا حَيْثُ اعْتَرَفَ بِالْأَخْذِ مِنْهَا ثُمَّ ادَّعَىٰ التَّمَلُّكَ عَلَيْهَا وَهِيَ مُنْكِرَةٌ وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ فَلِهَذَا يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ إِلَيْهَا.

وَلَهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَىٰ مَا يُبَرِّئُهُ فَلَا يَكُونُ الْقَوْلُ له كَمَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ: فَقَأْتُ عَيْنَكَ الْيُمْنَىٰ، وَعَيْنِي الْيُمْنَىٰ صَحِيحَةٌ، ثُمَّ فُقِئَتْ، وَقَالَ الْمُقَرُّ لَهُ: لَا بَلْ فَقَأْتَهَا وَعَيْنُكَ الْيُمْنَىٰ مَفْقُوءَةٌ؛ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُقَرِّ لَهُ، وَهَذَا؛ لأنه مَا أَسْنَدَهُ إِلَىٰ حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ؛ لأنه يَضْمَنُ يَدَهَا لَوْ قَطَعَهَا وَهِيَ

غاية البيان

قولُه: (كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَىٰ)، أشارَ بها إلىٰ قولِه: (وَإِذَا أُعْتِقَ الْعَبْدُ، فَقَالَ لِرَجُلٍ: قَتَلْتُ أَخَاكَ خَطَأً وَأَنَا عَبْدٌ، وَقَالَ الْآخَرُ: قَتَلْتَهُ وَأَنْتَ حُرٌّ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ).

قولُه: (كَمَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ: فَقَأْتُ عَيْنَكَ الْيُمْنَىٰ، وَعَيْنِي الْيُمْنَىٰ صَحِيحَةٌ، ثُمَّ فُقِئَتْ، وَقَالَ الْمُقَرُّ لَهُ: لَا بَلْ فَقَأْتَهَا وَعَيْنُكَ الْيُمْنَىٰ مَفْقُوءَةٌ؛ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُقَرِّ لَهُ)، وذلكَ لأنَّ المُقِرَّ أَقَرَّ بسببِ الضَّمان، ثُمَّ ادَّعىٰ ما يُبْرِئُهُ.

بيانُ ذلكَ: أنَّ المُماثلةَ فيما دونَ النَّفس مُعْتبرةٌ، حتَّىٰ لَا يُؤْخَذَ اليُمنىٰ باليُسرىٰ، ولَا اليُسرىٰ باليُمنىٰ، ولَا اليَدُ الصَّحيحةُ بالشَّلَّاءِ، فإذا كانَ كذلكَ تعيَّنَ القِصاصُ في اليُمنىٰ مِن عَيْنَيِ الجاني، فإذا فاتتْ قبلَ العُدولِ منَ المُوجَبِ الأصليِّ، وهوَ القِصاصُ إلىٰ المالِ؛ سَقَطَ حقُّ المَجْنيِّ عليه أصلًا، كما إذا قُتِلَ العبدُ الجاني أوْ ماتَ، ومُرادُ المُقِرِّ من هذا الكلام براءةُ ذمَّته عنِ الضَّمانِ أصلًا، ومُرادُ المُقَرِّ له دعوىٰ نِصفِ الدِّيَةِ؛ لأنَّه إذا فُقِئَتْ عينُه اليُمنىٰ، ويُمْنىٰ الفاقِئِ حينئذٍ مَفْقوءةٌ؛ يَجِبُ عليه نِصفُ الدِّيَةِ.

قولُه: (وَهَذَا لِأَنَّهُ مَا أَسْنَدَهُ إِلَىٰ حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ)، أي: لَا محالةَ، وأشارَ

مَدْيُونَةٌ، وَكَذَا يَضْمَنُ مَالَ الْحَرْبِيِّ إذَا أَخَذَهُ وَهُوَ مُسْتَأْمَنٌ، بِخِلَافِ الْوَطْءِ وَالْغَلَّةِ لِأَنَّ وَطْءَ الْمَوْلَىٰ أَمَتَهُ الْمَدْيُونَةَ لَا يُوجِبُ الْعُقْرَ، وَكَذَا أَخْذُهُ مِنْ غَلَّتِهَا، وَإِنْ كَانَتْ مَدْيُونَةً لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ عَلَيْهِ فَحَصَلَ الْإِسْنَادُ إلَىٰ حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ.

قَالَ: وَإِذَا أَمَرَ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ صَبِيًّا بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ؛ فَعَلَىٰ عَاقِلَةِ الصَّبِيِّ الدِّيَةُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْقَاتِلُ حَقِيقَةً، وَعَمْدُهُ وَخَطَؤُهُ سَوَاءٌ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ.

غاية البيان

به إلىٰ قوله: (**أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ، ثُمَّ ادَّعَىٰ مَا يُبَرِّئُهُ**)، فلَا يَكُونُ القولُ له.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا أَمَرَ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ صَبِيًّا بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ؛ فَعَلَىٰ عَاقِلَةِ الصَّبِيِّ الدِّيَةُ)، وهذه المسألةُ بهذه الصورةِ ذُكِرَتْ في بعضِ نُسَخِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**»، ولمْ تُذْكَرْ في البَعضِ، ولهذا لَمْ يَذْكُرْها الفقيهُ أبو اللَّيثِ وفخْرُ الإسلامِ رحمهما الله، وذكَرَها القاضي أبو طاهر الدَّبَّاسُ، وشمسُ [٨/٢٠١و/م] الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ، والصَّدرُ الشَّهيدُ، وقاضي خان رحمه الله.

فقالَ قاضي خان: «عَبْدٌ مَحجورٌ عليه، أَمَرَ صَبِيًّا حُرًّا ليقْتُل رَجُلًا، ففعلَ؛ فعلىٰ عاقِلَةِ الصَّبِيِّ الدِّيَةُ، ولَا شيءَ علىٰ الآمِرِ، وكذا إذا كانَ الآمِرُ صَبِيًّا، وكذا لوْ كانَ المأمورُ عبْدًا محجورًا [عليه][1] كانَتِ الدِّيَةُ علىٰ مَولىٰ المأمورِ إذا اختارَ الفِداءَ، ولَا تَجِبُ علىٰ الآمِرِ؛ لأنَّ أمْرَ الصَّبِيِّ والعَبْدِ غيرُ مُعْتبَرٍ كالإقرارِ والكفالةِ، إلَّا إنَّ الآمِرَ إذا كانَ صَبيًّا بَطَلَ أمْرُه أصلًا، لَا يُؤَاخَذُ للحالِ [ولَا بعدَ البُلوغِ، وإنْ كانَ الآمِرُ عَبْدًا؛ لَا يُؤَاخَذُ للحالِ][1] ويُؤَاخَذُ بعدَ العِتقِ، فيَرْجعُ مَولىٰ القاتلِ علىٰ الآمِرِ بالأقلِّ منَ الفداءِ، ومِنْ قيمةِ القاتلِ؛ لأنَّ قولَ العَبْدِ مُعتَبَرٌ في حقِّه إلَّا إنَّه لَا يُؤَاخَذُ قبلَ العِتقِ لِحَقِّ المَولىٰ، فإذا عَتَقَ زالَ حَقُّ المَولىٰ، فيُؤَاخَذُ به». كذا في

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

وَلَا شَيْءَ عَلَى الْآمِرِ **وَكَذَا إِذَا كَانَ الْآمِرُ صَبِيًّا لِأَنَّهُمَا لَا يُؤَاخَذَانِ بِأَقْوَالِهِمَا**؛ لِأَنَّ الْمُؤَاخَذَةَ فِيهَا بِاعْتِبَارِ الشَّرْعِ وَمَا اعْتُبِرَ قَوْلُهُمَا، وَلَا رُجُوعَ لِعَاقِلَةِ الصَّبِيِّ عَلَى الصَّبِيِّ الْآمِرِ أَبَدًا، **وَيَرْجِعُونَ عَلَى الْعَبْدِ الْآمِرِ بَعْدَ الْعَتَاقِ**

غاية البيان

«**شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ**» لقاضي خان رحمه الله.

قولُه [٣/٤٥١و]: (**وَكَذَا إِذَا كَانَ الْآمِرُ صَبِيًّا**).

قالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله **في أصلِ «الجامعِ الصَّغيرِ»**: «عن يَعْقُوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في الصَّبِيِّ الحُرِّ يَأْمُرُ الصَّبِيَّ الحُرَّ ليقتُلَ رَجُلًا، فَقَتَلَهُ، قالَ: على عاقِلَةِ الصَّبِيِّ القاتلِ دِيَتُهُ، وليسَ على الآمِرِ، ولَا على عاقِلَتِهِ شيءٌ»[1].

أمَّا الصَّبِيُّ القاتلُ: فإنَّ عَمْدَه خطأٌ، فوجبَتِ الدِّيَةُ على العاقِلَةِ، وأَمْرُ الصَّبِيِّ باطلٌ؛ لأنَّه مَحجورٌ، ألَا تَرىٰ أنَّ إقرارَه وكفَالتَه باطلةٌ أصلًا، فلَمْ يَلْزَمْه، ولَا على عاقِلَتِهِ شيءٌ.

قولُه: (**لِأَنَّهُمَا لَا يُؤَاخَذَانِ بِأَقْوَالِهِمَا**)، أي: لأنَّ العَبْدَ المَحجورَ والصَّبِيَّ لَا يُؤاخَذَانِ بأقوالِهما؛ لأنَّ اعتبارَ القولِ بالشَّرعِ، ولم يَعْتَبِرِ الشَّرعُ قولَهما.

قولُه: (**وَيَرْجِعُونَ عَلَى الْعَبدِ الْآمِرِ بَعْدَ الْعَتَاقِ**)، أي: يَرْجِعُ عاقِلَةُ الصَّبِيِّ على العَبْدِ الآمِرِ بعدَ العتاقِ. هكذا ذكَرَ الصَّدرُ الشَّهيدُ، وفخرُ الدِّين قاضي خان رحمهما الله في «**شرحَيْهما**»، وفيهِ نظَرٌ؛ لأنَّه خلافُ الرِّوايةِ في «**الزِّياداتِ**»، وسنذكرُ روايةَ «**الزِّياداتِ**» مع جميعِ فروعِها، إلَّا إذا أُرِيدَ قولُ أبي يُوسفَ الَّذي رواه الْقُدُورِيُّ رحمه الله في «**التقريبِ**» قالَ: «رَوىٰ الحسنُ عنْ زُفَرَ في عَبْدٍ أَمَرَ صَبِيًّا بِقتْلِ رَجُلٍ فقتَلَه: فعلىٰ عاقِلَةِ الصَّبِيِّ الدِّيَةُ، ثُمَّ يَرْجِعُ عاقِلَةُ الصَّبِيِّ على سَيِّدِ العَبْدِ، فيُقَالُ له: ادفعِ العَبْدَ إلى العاقِلَةِ، أو افْدِهِ بالدِّيَةِ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٨].

لِأَنَّ عَدَمَ الاعْتِبَارِ لِحَقِّ الْمَوْلَىٰ، وَقَدْ زَالَ، لا لِنُقْصَانِ أهليه العبد، بِخِلَافِ الصَّبِيِّ لِأَنَّهُ قَاصِرُ الْأَهْلِيَّةِ.

قال: وَكَذَلِكَ إِنْ أَمَرَ عَبْدًا مَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ الْآمِرُ عَبْدًا وَالْمَأْمُورُ عَبْدًا

غاية البيان

وقالَ أبو يُوسُفَ رحمه الله: علىٰ عاقِلَةِ الصَّبِيِّ الدِّيَةُ، ثُمَّ يَرْجِعُونَ علىٰ العبْدِ إذا أُعْتِقَ بالأقلِّ منَ الدِّيَةِ، أوْ قيمةِ العَبْدِ.

وجهُ قولِ زُفَرَ رحمه الله: أنَّهم يُطالِبونَ المَولىٰ في الحالِ؛ لأنَّه لمَّا حَمَلَ الصَّبِيَّ علىٰ [٨/٢٠١ظ/م] الفِعلِ؛ صارَ آلةً له، مثلَ أنْ يُكْرِهَ رَجُلًا علىٰ قَتْلِ آخرَ، فيَضْمَنُ العبدُ في الحالِ، وكما لوْ أخَذَ بيدِه فضَرَبَه، وإنَّما قالَ أبو يُوسُفَ بالرُّجوعِ علىٰ العَبْدِ إذا أُعْتِقَ؛ لأنَّه يَصِيرُ مَغصوبًا، فبَقِيَ الضَّمانُ مُتَعَلِّقًا بقولِ العَبْدِ، فيَتَأَخَّرُ إلىٰ حالِ الحُرِّيَةِ، كما لوْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ». كذا في «التَّقريبِ».

قولُه: (لِأَنَّ عَدَمَ الِاعْتِبَارِ لِحَقِّ الْمَوْلَىٰ، وَقَدْ زَالَ، لَا لِنُقْصَانِ الْأَهْلِيَةِ)، أي: لأنَّ عدمَ اعتبارِ قولِ العَبْدِ المَحجورِ لرِعايةِ حقِّ المَولىٰ، لَا لنُقصانِ الأهليَّةِ في العَبدِ، وقد زالَ حقُّ المَولىٰ بعدَ العِتق، فيُؤَاخَذُ لزوالِ المانعِ، وفي الصَّبِيِّ لَمْ يُعْتبَرْ قولُه لقُصورِ أهليَّتِه.

قولُه: (وَكَذَلِكَ إِنْ أَمَرَ عَبْدًا)، يَعْنِي: إذا كانَ الآمِرُ والمأمورُ عَبديْنِ محجورًا عليهما.

قالَ في أصلِ «الجامعِ الصَّغيرِ»: «عَبدٌ محجورٌ أَمَرَ عَبدًا محجورًا بقَتْلِ رَجُلٍ، فقَتَلَه، قالَ: علىٰ القاتلِ الدِّيَةُ، وليسَ علىٰ الآمِرِ، ولَا علىٰ عاقِلَتِه شيءٌ»[1].

أرادَ بقولِه: «علىٰ القاتلِ الدِّيَة»، إذا اختارَ مولاه الفِداءَ، ففدَىٰ عنه بالدِّيَةِ؛ لأنَّ عاقِلَةَ العَبْدِ مولاهُ، فيُقَالُ لمولاه: ادفَعْه أو افْدِهِ. كذا قالَ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٨].

مَحْجُورًا عَلَيْهِمَا يُخَاطَبُ مَوْلَى الْقَاتِلِ بِالدَّفْعِ أَوْ الْفِدَاءِ ....

غاية البيان

ثُمَّ قالَ: «ومعنى قولِه: «وليسَ على الآمِرِ شَيْءٌ»، يَعْنِي: لَا شيءَ عليه في الحالِ، ولكنْ يَجِبُ عليه بعدَ العِتقِ». قالَ: «وهكذا ذَكَرَ في «**الزِّياداتِ**»: أنَّ العَبدَ إذا أَمَرَ عَبدًا آخرَ حتَّى قَتَلَ رَجُلًا، يُقَالُ لمَولى القاتلِ: ادفَعْه، أوِ افْدِهِ بالدِّيَةِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إلى الآمِرِ، إنْ كانَ مَأذونًا؛ يَجِبُ عليه قيمةُ المأمورِ، وإنْ كانَ [٣/٤٥١ظ] مَحجورًا يَجِبُ عليه [بعدَ العِتقِ؛ لأنَّه لمَّا أَمَرَهُ بالقتلِ حتَّى قَتلَه، صارَ غاصبًا له، والعبْدُ المأذونُ يَجِبُ عليه][1] ضمانُ الغَصبِ إذا أَقَرَّ بِهِ.

وأمَّا المحجورُ: لَا يَجِبُ عليه إلَّا بعدَ العِتقِ؛ لأنَّ مَرْجعَ هذا الغَصبِ يَرْجِعُ إلى القولِ، فصارَ كالإقرارِ منه بالغَصبِ، فثَبَتَ أنَّ الَّذي قالَ هاهنا ليسَ على الآمِرِ شَيْءٌ ـ أي: ليسَ عليه في الحالِ ـ ولكنْ يَجِبُ عليه بعدَ العِتقِ، ولَا يَجِبُ على العاقِلَةِ؛ لأنَّ العاقِلَةَ لَا تَعْقِلُ عنِ العَبْدِ». إلى هنا لفظُ الفقيهِ أبي اللَّيثِ في «**شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ**».

ثُمَّ نُبَيِّنُ ما وَعَدْنَا منْ روايةِ «**الزِّياداتِ**»، فنَقُولُ: الأصلُ هنا: أنَّ العَبدَ المَحجورَ أو الصَّبِيَّ المحجورَ يُؤاخَذانِ بأفعالِهما لَا بأقوالِهما، وضمانُ فِعْلِ العبدِ ضمانُ غَصْبٍ؛ لكونِه مَحلًّا له، وضمانُ فِعْلِ الصَّبِيِّ الحُرِّ ضمانُ جنايةٍ، لَا ضمانُ غَصْبٍ؛ لِعدمِ كَونِه مَحلًّا للغَصْبِ.

قالُوا [٨/٢٠٢و/م] **في «شروحِ الزِّياداتِ»:** حُرٌّ أَمَرَ صَبِيًّا حُرًّا بأنْ يَقتُلَ رَجُلًا فقتَلَه؛ فَدِيَتُهُ على عاقِلَةِ الصَّبِيِّ؛ لأنَّ الصَّبِيَّ مُؤاخَذٌ بأفعالِه، وأفعالُه صحيحةٌ، لكنْ عَمْدُه وخَطَؤُه سواءٌ، وهوَ خطأٌ كلُّه، فوجبتِ الدِّيَةُ على عاقِلَتِهِ، وترْجعُ عاقِلَةُ الصَّبِيِّ على عاقِلَةِ الآمِرِ بما لَزِمَهُم؛ لأنَّ الصَّبِيَّ الحُرَّ يُضْمَنُ بالتَّعدِّي بطريقِ الجِنايةِ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

. . . .

غاية البيان

أَلَا تَرَىٰ أنَّ مَنْ غَصَبَ صَبِيًّا صغيرًا، فَحَمَلَهُ علىٰ المَهالكِ حتَّىٰ ماتَ بِصاعِقَةٍ، أو بِعَقْرِ سَبُعٍ؛ وجَبَتْ دِيَتُهُ علىٰ عاقِلَةِ الغاصِبِ[1] بطريقِ الجِنايةِ، كأنَّه قَتَلَه خطأً، فكذلكَ هنا يَصِيرُ هذا جنايةً علىٰ الصَّبِيِّ بطريقِ التَّسْبِيبِ، ولوِ اتَّصلَ بذلكَ تَلَفٌ لَزِمَهُ الدِّيَةُ، فكذلكَ إذا اتَّصلَ به ضمانُ الدِّيَةِ.

ولوْ أَمَرَ الرَّجلُ عَبدًا صغيرًا، أوْ كبيرًا مأذونًا، أوْ مَحجورًا بأنْ يَقْتُلَ رَجُلًا فَقَتلَه، قِيلَ لمولاه: ادفَعْه أو افْدِهِ، إنْ كانَ خطأً منَ الكبيرِ، فإذا فعَلَ ذلكَ رَجَعَ علىٰ الحُرِّ بالأقلِّ منْ قيمتِه، ومِنْ أَرْشِ الجِنايةِ.

أمَّا وُجوبُ ضمانِ الجِنايةِ علىٰ المَولىٰ: فلأنَّ الآمِرَ بالجِنايةِ لَا يَنقلُ فِعْلَ المأمورِ إلىٰ الآمِرِ. وأمَّا الرُّجوعُ: فواجبٌ بحُكْمِ الغَصبِ؛ لأنَّ العَبدَ يَضْمَنُ بالغَصبِ، فيَضْمَنُ أقَلَّ الأمرَيْنِ، كما إذا غَصَبَهُ فَجَنىٰ عندَه، وذلكَ أنَّه استعملَه فصارَ غاصبًا، ولوْ كانَ هذا الحُرُّ أَمَرَ مُكاتَبًا بَطَلَ أَمْرُهُ، ولَمْ يَلْزَمِ الآمِرَ شَيءٌ، صغيرًا كانَ المُكاتَبُ أوْ كبيرًا؛ لأنَّ الجِنايةَ إنَّما تَتَحَقَّقُ بواسطةِ الاستعمالِ وإثباتِ اليَدِ، والمُكاتَبُ ليسَ بِمَحَلٍّ له، ألَا تَرىٰ أنَّ غَصْبَهُ لَا يَتَحَقَّقُ، وجُعِلَ حالُ المُكاتَبِ الصَّغيرِ فوقَ الحُرِّ الصَّغيرِ؛ لأنَّ يَدَ المُكاتَبِ إنَّما ثبتَ حُكْمًا لِكِتابَتِه، وكِتابةُ الصَّغيرِ مثلُ كِتابةِ البالغِ، وأمَّا الحُرُّ الصَّغيرُ: فلَا يَدَ لَه علىٰ نَفْسِه.

أَلَا تَرَىٰ أنَّ مَنْ غَصَبَ مُكاتَبًا فنَقَلَهُ إلىٰ المَهالكِ حتَّىٰ عَطِبَ؛ لَمْ يَضْمَنْ شيئًا، ولوْ غَصَبَ حُرًّا صغيرًا ضَمِنَ دِيَتَه، ويَعْقِله عاقِلَةُ الغاصِبِ، فكذلكَ هذا، وهذا إذا كانَ الآمِرُ حُرًّا.

وأمَّا إذا كانَ الآمِرُ عَبْدًا: فإنْ كانَ العَبْدُ كبيرًا مأذونًا، أو صغيرًا مأذونًا، فإنْ

---

(١) وقع في «الأصل»: «الصبي». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

. . . .

أَمَرَ عَبدًا مثلَه صغيرًا، أوْ كبيرًا مأذونًا، أوْ مَحجورًا بالقَتْل، فَقَتَلَ؛ دَفَعَهُ مَولاه، أوْ فَدَاهُ، ثُمَّ يَرْجعُ بالأقلِّ منْ ذلكَ في رَقَبَةِ الآمِرِ؛ لأنَّ هذا ضمانُ غَصْبٍ، وهوَ بمعنىٰ التِّجارةِ؛ لأنَّه يَمْلِكُ المضمونَ بأداءِ الضَّمانِ، والعَبدُ المأذونُ أهلٌ لِقَوْلٍ [٣/٤٥٢و] يَجُرُّ إليه ضمانَ التِّجارةِ، كالإقرارِ بالغَصبِ.

وإنْ كانَ المأمورُ [٨/٢٠٢ظ/م] صَبِيًّا حُرًّا؛ وَجَبَ دِيَةُ القَتلِ علىٰ عاقِلَتِهِ، ولَا شيءَ علىٰ العَبْدِ؛ لأنَّه ليسَ مِنْ أهلِ أنْ يَلْحَقَهُ ضمانُ الجِنايةِ بحالٍ، ولَا يَلْزَمُ مولاه؛ لأنَّه محْجورٌ عنِ القَولِ الَّذي يَتَعَلَّقُ به ضمانُ ما ليسَ بتجارةٍ كالكفالةِ، ولَا يَلْحَقُه وإنْ عَتَقَ؛ لأنَّ مُوجَبَ ذلكَ علىٰ مولاه لوْ صحَّ، فإذا بَطَلَ لَمْ يَلْزَمِ العَبْدَ شيءٌ أبدًا، كما لَوْ أَقَرَّ بالجِنايةِ.

وبهذه الرِّوايةِ عُلِمَ: أنَّ ما ذكرَه صاحبُ «**الهداية**» رحمه الله بقولِه: (**وَيَرْجِعُونَ عَلَىٰ الْعَبْدِ الْآمِرِ بَعْدَ الْعَتَاقِ**). فيه نَظَرٌ.

ولوْ كانَ الآمِرُ عَبدًا كبيرًا محْجورًا عليه، والعَبدُ المأمورُ مثلُه، أو صغيرٌ مَحجورٌ، أو مأذونٌ؛ فإنَّه يُدْفَعُ أوْ يُفْدَىٰ، ولَا يَرْجعُ مَولاهُ علىٰ الآمِرِ بشيءٍ؛ لأنَّ المَحجورَ لَا يُؤاخَذُ بضمانِ مالٍ يَجُرُّهُ القولُ، كالإقرارِ بالدَّيْنِ والكفالةِ به، وإذا عَتَقَ لَحِقَهُ ذلكَ، كما قُلْنا في الإقرارِ بالدَّيْنِ، بخلافِ الجنايةِ.

ولوْ كانَ المأمورُ صَبِيًّا حُرًّا: لَمْ يَجِبْ علىٰ الآمِرِ شيءٌ بحالٍ، ولوْ كانَ الآمِرُ صَبِيًّا حُرًّا مأذونًا، أوْ عبدًا صغيرًا مأذونًا، فإنْ كانَ المأمورُ عبدًا؛ وجَبَتْ قيمتُه علىٰ الآمِرِ، إلَّا أنْ يَكُونَ الأَرْشُ أقلَّ؛ لأنَّه أهلٌ لضمانِ التِّجارةِ بقولِه، وإنْ كانَ المأمورُ صَبِيًّا حُرًّا؛ فلَا شيءَ علىٰ الآمِرِ بحالٍ؛ لأنَّ أَمْرَهُ في حُكْمِ الجِنايةِ لَغْوٌ.

ولوْ كانَ الآمِرُ صَبِيًّا حُرًّا محجورًا، أو عبدًا صغيرًا محجورًا: فإنَّه لَا يَلْحق

. . . .

الآمِرَ شيءٌ منْ ضمانِ الغَصْبِ والجِنايةِ جميعًا، لِما ذَكَرْنا مِنْ فسادِ أَمْرِهِ، ولوْ كانَ المأمورُ مُكاتبًا في جميعِ هذه المسائلِ؛ لَمْ يَضْمَنِ الآمِرُ شيئًا لِما قُلْنا، ولوْ كانَ الآمِرُ مُكاتَبًا صغيرًا أو كبيرًا، والمأمورُ عَبْدٌ مَحْجُورٌ، أو مأذونٌ صغيرٌ أوْ كبيرٌ؛ رَجَع مَولىٰ المَأمورِ علىٰ المُكاتَبِ بقيمتِه، إلَّا أنْ يَكُونَ الأَرْشُ أَقَلَّ. ـ أعني: قيمةَ المأمورِ ـ؛ لأنَّ المُكاتَبَ أهلٌ لضمانِ الغَصْبِ، إلَّا أنْ يَكُونَ قيمةُ المَأمورِ عشرةَ آلافٍ، أو أكثرَ، فَيَغْرَمُ المُكاتَبُ عشرةَ آلافِ إلَّا عشرةً.

وهذا الواجبُ ضمانُ غَصْبٍ حتَّىٰ وَجَبَ قيمةُ المأمورِ، ولَمْ يَجِبْ قيمةُ المُكاتَبِ، ولوْ كانَ ذلكَ ضمانُ جنايةٍ؛ لَوَجَبَتْ قيمةُ المُكاتَبِ، وفيه إشكالٌ، وهوَ أنَّ ضمانَ الغَصْبِ غيرُ مُقَدَّرٍ، فيَجِبُ بالغًا ما بلَغَ، وضمانُ الجِنايةِ مُقَدَّرٌ، فكيفَ قُدِّرَ هُنا بعشرةِ آلافٍ إلَّا عشرةً؟

والجوابُ: نَعَمْ هذا ضمانُ الغَصبِ، ولكِنْ حَصَلَ بسببِ الجِنايةِ، فباعتبارِ الغَصبِ وَجَب قيمةُ المَأمورِ، وباعتبارِ السَّببِ وَجَبَ التَّقديرُ، ولوْ كانَ المَأمورُ حُرًّا صغيرًا: رَجَعَتْ عاقِلَتُه علىٰ المُكاتَبِ بالأقلِّ مِن قيمتِه ومِنَ الدِّيَةِ؛ لأنَّ حُكْمَ [٨/٢٠٣و/م] جنايةِ المُكاتَبِ هذا لأنَّه مِنْ أهلِ الالتزامِ، وذلكَ لأنَّ المُكاتَبَ صارَ كالجاني علىٰ الحُرِّ، أو كالمُقِرِّ بالجِنايةِ، وذلكَ صحيحٌ يَلْزَمُه قيمتُه، فكذلكَ هنا.

وتَجِبُ حالًّا؛ لأنَّ القيمةَ خَلَفٌ عنِ الرَّقَبَةِ، ولَا أَجَلَ في تَسليمِ الرَّقَبَةِ، فكذلكَ فيما يَخْلُفُها، فإنْ عَجَزَ المُكاتَبُ، فإنْ لَمْ يُقْضَ عليه بِأَرْشِ الجِنايةِ بَطَلَ ذلكَ، كما إذا أَقَرَّ بالجِنايةِ ثُمَّ عَجَزَ؛ لأنَّ جِنايتَه إنَّما تَصِيرُ دَيْنًا عليه بالقضاءِ ولَمْ يُوجَدْ، فأمَّا إذا عَجَزَ بعدَ القضاءِ عليه، فإنَّ ذلكَ يَبْطُلُ عندَ أبي حَنِيفَةَ، وعندَ أبي يُوسُفَ ومُحَمَّدٍ رضي الله عنهم [٣/٤٥٢ظ]: يَصِيرُ دَيْنًا عليه، وأَصْلُ المسألةِ في الإقرارِ بالجناياتِ. كذا في «**الزِّياداتِ**» وشُروحِها.

وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَىٰ الْأَوَّلِ فِي الْحَالِ، وَيَجِبُ أَنْ يَرْجِعَ بَعْدَ الْعِتْقِ بِأَقَلَّ مِنَ الْفِدَاءِ وَقِيمَةِ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُضْطَرٍّ فِي دَفْعِ الزِّيَادَةِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الْقَتْلُ خَطَأً، وَكَذَا إِذَا كَانَ عَمْدًا وَالْعَبْدُ الْقَاتِلُ صَغِيرًا لِأَنَّ عَمْدَهُ خَطَأٌ، أَمَّا إِذَا كَانَ كَبِيرًا يَجِبُ الْقِصَاصُ لِجَرَيَانِهِ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ.

قَالَ: وَإِذَا قَتَلَ الْعَبْدُ رَجُلَيْنِ عَمْدًا وَلِكُلِّ [٢٦٩/ظ]، وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلِيَّانِ، فَعَفَىٰ أَحَدُ وَلِيَّيْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَإِنَّ الْمَوْلَىٰ يَدْفَعُ نِصْفَهُ إِلَىٰ الْآخَرَيْنِ، أَوْ يَفْدِيَهُ بِعَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا عَفَا أَحَدُ وَلِيِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَقَطَ الْقِصَاصُ وَانْقَلَبَ مَالًا فَصَارَ كَمَا لَوْ وَجَبَ الْمَالُ مِنَ الِابْتِدَاءِ، وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّهُمْ فِي الرَّقَبَةِ أَوْ فِي عِشْرِينَ أَلْفًا وَقَدْ سَقَطَ نَصِيبُ الْعَافِيَيْنِ وَهُوَ النِّصْفُ وَبَقِيَ النِّصْفُ.

غاية البيان

قولُه: (وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَىٰ الْأَوَّلِ)، أي: لمَولىٰ القاتلِ علىٰ العَبْدِ الآمِرِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا قَتَلَ الْعَبْدُ رَجُلَيْنِ عَمْدًا، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلِيَّانِ، فَعَفَىٰ أَحَدُ وَلِيَّيْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَإِنَّ الْمَوْلَىٰ يَدْفَعُ نِصْفَهُ إِلَىٰ الْآخَرَيْنِ، أَوْ يَفْدِيَهُ بِعَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ»[١].

وذلكَ لأنَّ الرَّقَبَةَ بحُكمِ القَوَدِ صارَتْ بينَ أولياءِ القَتيلَيْنِ، لكلِّ واحدٍ منهم رُبْعُه، فإذا عَفىٰ اثنانِ بَطَلَ حقُّهما، وبَقِيَ حَقُّ الآخَرَيْنِ في النِّصفِ، فلذلكَ قِيلَ له: ادْفعْ نِصفَه.

وأمَّا الفِداءُ: فإنَّما يَكُونُ بِبَدلِ القَتيلَيْنِ، والفِداءُ بعِشرينَ ألفًا إذا سَقَطَ القِصاصُ، وقدْ سَقَطَ بالعَفوِ وانقَلَبَ مالًا، فصارَ كأنَّه وَجَبَ المالُ مِنَ الابتداءِ، وحصَّةُ كلِّ واحدٍ منهم في خمسةِ آلافٍ، فلمَّا عَفىٰ اثنانِ منهم؛ بَطَلَ حقُّهما، فبَقِيَ [حقُّ][٢] كلِّ واحدٍ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٩].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

فَإِنْ كَانَ قَتَلَ أَحَدُهُمَا عَمْدًا، وَالْآخَرَ خطأً، فَعَفَى أَحَدُ وَلِيَّي الْعَمْدِ، فَإِنْ فَدَاهُ الْمَوْلَى؛ فَدَاهُ بِخَمْسَةِ عَشَرَ أَلْفًا، خَمْسَةُ آلَافٍ لِلَّذِي لَمْ يَعْفُ مِنْ وَلِيَّي الْعَمْدِ، وَعَشَرَةُ آلَافٍ لِوَلِيَّي الْخَطَأِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا انْقَلَبَ الْعَمْدُ مَالًا كَانَ حَقُّ وَلِيَّيْ الْخَطَإِ فِي كُلِّ الدِّيَةِ عَشَرَةَ آلَافٍ، وَحَقُّ أَحَدِ وَلِيَّيْ الْعَمْدِ فِي نِصْفِهَا خَمْسَةَ آلَافٍ، وَلَا تَضَايُقَ فِي الْفِدَاءِ فَيَجِبُ خَمْسَةَ عَشَرَ أَلْفًا (وَإِنْ دَفَعَهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِمْ أَثْلَاثًا: ثُلُثَاهُ لِوَلِيَّيْ الْخَطَإِ، وَثُلُثُهُ لِغَيْرِ الْعَافِي مِنْ وَلِيَّيْ الْعَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: يَدْفَعُهُ

منَ الباقِينَ في خمسةِ آلافٍ، فلذلكَ فَدَاهُ بعشرةِ آلافِ درهمٍ إن شاءَ.

قولُه: (فَإِنْ كَانَ قَتَلَ أَحَدُهُمَا عَمْدًا، وَالْآخَرَ خَطَأً، فَعَفَى أَحَدُ وَلِيَّي الْعَمْدِ، فَإِنْ فَدَاهُ[١] الْمَوْلَى؛ فَدَاهُ بِخَمْسَةِ عَشَرَ أَلْفًا، خَمْسَةُ آلَافٍ لِلَّذِي لَمْ يَعْفُ مِنْ وَلِيَّي الْعَمْدِ، وَعَشَرَةُ آلَافٍ لِوَلِيَّي الْخَطَأِ)، وهذه منْ مسائلِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**»[٢].

وذلكَ لأنَّ نِصفَ الحَقِّ مِنْ حِقِّ وَلِيَّي العَمْدِ بَطَلَ بالعَفوِ، فبَقِيَ النِّصفُ، وصارَ مالًا، ولَمْ يَبْطُلْ شيءٌ مِنْ دِيَةِ القَتيلِ الآخرِ، ولَا مُزاحمةَ في الفِداءِ، فلهذا فَدَاهُ بخمسةَ عَشَرَ ألفًا، إنْ شاءَ عشرةَ آلافٍ لِوَلِيِّ الخطإِ، وخمسةَ آلافٍ لغيرِ العافي مِنْ وَلِيِّي العَمْدِ، وهذا في قولِهم جميعًا.

قالَ: وإنْ دَفَعَهُ دَفَعَهُ أثلاثًا، الثُّلثُ للَّذي لم يَعْفُ، والثُّلثانِ لِوَلِيِّ الخطإِ.

وقالَ أبو يُوسُفَ ومُحَمَّدٌ رحمهما الله: أرباعًا، الرُّبعُ لِوَلِيِّ العَمْدِ، وثلاثةُ أرباعِه لِوَلِيِّ الخطإِ.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله في «**شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ**»: «وفي قولِ زُفَرَ رحمه الله لصاحبِ الخطإِ النِّصفُ، ولصاحبِ العَمْدِ الذي لم يَعْفُ الرُّبعُ، وبَقِيَ الرُّبعُ للمَولى».

(١) في «الأصل»: «فدى». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٩].

أَرْبَاعًا: ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ لِوَلِيَّيْ الْخَطَإِ، وَرُبْعُهُ لِوَلِيِّ الْعَمْدِ) فَالْقِسْمَةُ عِنْدَهُمَا بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ، فَيُسَلَّمُ النِّصْفُ لِوَلِيَّيْ الْخَطَإِ بِلَا مُنَازَعَةٍ، وَاسْتَوَتْ مُنَازَعَةُ الْفَرِيقَيْنِ

غاية البيان

[٢٠٣/٨ظ/م] **وجهُ قولِهما:** أنَّ حقَّ وَلِيِّي العَمْدِ في جميعِ الرَّقبةِ، فإذا عفَىٰ أحدُهما، فقدْ أَبْطَلَ حقَّه في النِّصفِ، ففرغَ عنْ هذا النِّصفِ، وتعَلَّقَ به حقُّ وَلِيِّ الخطإِ بلَا مُنازعةٍ، وبَقِيَ النِّصفُ الآخرُ، واسْتوَتْ فيه مُنازعةُ وَلِيِّ الخطإِ، ومُنازعةُ شريكِ العافي، وكلُّ واحدٍ منهما يدَّعِيه، فصارَ هذا النِّصفُ بينهما نِصْفانِ، فلهذا كانَتِ القسمةُ بينهما بطريقِ المُنازَعةِ أَرباعًا.

ولأبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّ حَقَّ وَلِيِّ الخطإِ في عشرةِ آلافٍ، وحقَّ شريكِ العافي في خمسةِ آلافٍ، فيَضْرِبُ كلُّ واحدٍ منهما بِحَقِّهِ، كما لَوْ كانَتِ التَّركةُ ألفًا، ولرجُلَيْنِ علىٰ الميِّتِ ثلاثةُ آلافٍ، لأحدِهما ألفٌ، وللآخرِ ألفان، فإنَّ التَّركةَ تُقَسَّمُ بينهما بطريقِ العَوْلِ والمُضاربةِ أثلاثًا، ثُلُثا التَّركةِ لصاحبِ [٤٥٣/٣و] الأَلفَيْنِ، وثُلُثُها لصاحبِ الألفِ، وكَعَبْدٍ قَتَلَ رَجُلًا خطأً، وفَقَأَ عيْنَ آخرَ، فإنِ اختارَ المَولىٰ دَفْعَهُ [دفَعَهُ][1] أثلاثًا، فكذا هنا.

وجهُ قولِ زُفَرَ رحمه الله: أنَّ العَمْدَ إذا صارَ مالًا؛ صارَ بمعنىٰ الخطإِ، ولوْ كانَ قَتَلَهُما جميعًا خطأً، فعفَىٰ أحدُ وَلِيَّيْ أحدِهما خاصَّة، سَلمَ ذلكَ الرُّبعَ للمَولىٰ، فكذلكَ هاهنا.

ومَعنىٰ المُنازعةِ: أنَّ كلَّ جُزءٍ فرَغَ مِن دَعوىٰ قَومٍ؛ سَلِمَ للآخرِ بلا مُنازعةٍ.

ومَعنىٰ العَوْلِ: أنْ يَضْرِبَ كلُّ واحدٍ منهم بِسَهْمِه، فتُجْمَعُ السِّهامُ كلُّها، وتُقْسَمُ العَينُ علىٰ مَبْلغِ السِّهامِ.

واعلمْ: أنَّ هذه المسألةَ علىٰ ضِدِّ مسألةِ كتابِ الشَّهاداتِ، وهيَ أنَّ رَجُلًا إذا

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

فِي النِّصْفِ الْآخَرِ فَيَتَنَصَّفُ، فَلِهَذَا يُقَسَّمُ أَرْبَاعًا. وَعِنْدَهُ يُقَسَّمُ بِطَرِيقِ الْعَوْلِ وَالْمُضَارَبَةِ أَثْلَاثًا، لِأَنَّ الْحَقَّ تَعَلَّقَ بِالرَّقَبَةِ أَصْلُهُ التَّرِكَةُ الْمُسْتَغْرَقَةُ بِالدُّيُونِ فَيَضْرِبُ هَذَا بِالْكُلِّ وَذَلِكَ بِالنِّصْفِ.

قَالَ: **وَإِذَا كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَقَتَلَ مَوْلَى لَهُمَا. أَيْ: قَرِيبًا لَهُمَا، فَعَفَى أَحَدُهُمَا؛ بَطَلَ الْجَمِيعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَدْفَعُ الَّذِي عَفَى نِصْفَ نَصِيبِهِ**

غاية البيان

ادَّعى دارًا، وادَّعى آخرُ نِصْفَها، وأقاما البيِّنةَ؛ فإنَّ على قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵁: تُقْسمُ أرباعًا، وعلى قولِهما: أثلاثًا، مَرَّ بيانُ تلكَ المسألةِ في كتابِ الدَّعوى مُسْتوفًى قُبَيْل فَصْلِ التَّنازُعِ بالأيدي، فيُنْظَر ثَمَّةَ حتَّى يُعْرَفَ الأصولُ الَّتي بُنِيَ عليها البابُ.

ومسألةُ كتابِ المأذونِ تُوافِقُ هذه المسألةَ المذكورةَ هنا: وهيَ أنَّ عَبدًا مأذونًا بينَ رجُلَيْنِ، ادَّانَهُ أحدُ المَوْلَيَيْنِ مئةَ درهمٍ، وادَّانَهُ أجنبيٌّ مئةَ درهمٍ، ثُمَّ بِيعَ العبدُ بمئةِ درهمٍ؛ فإنَّ في قولِ أبي حَنِيفَةَ: يُقْسَمُ الثَّمنُ أثلاثًا، وفي قولِهما: أرباعًا.

ومسألةُ كتابِ الوصايا تُوافِقُ كتابَ الشَّهاداتِ: وهيَ أنَّ رَجُلًا لوْ أوْصَى بعَبْدٍ، أو بِسيْفٍ، وبِنِصفِه لآخرَ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵁: يُقْسَمُ أرباعًا، وفي قولِهما: أثلاثًا.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﵀ في كتابِ «نُكَتِ الوصايا»: «والأصلُ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵁: أنَّ الحقوقَ إذا كانَتْ تَرْجِعُ إلى العَينِ، تُقْسَمُ على طريقِ المُنازعةِ، وكذلكَ [٨/٢٠٤و/م] إذا أوصى بالعَبْدِ أو السَّيفِ؛ فإنَّه يُقْسَمُ على طريقِ المُنازعةِ، وأمَّا إذا اجتمعَتِ الوصايا في الثُّلثِ، فسبيلُها سبيلُ الحقوقِ، وليسَ سبيلُها سبيلَ الأعيانِ، ولهذا قالَ في مسألةِ المُدَبَّرِ إذا قَتَلَ قتيلًا عَمْدًا فعَفَى أحدُ وَلِيَّيْهِ، وقتَلَ آخرَ خطأً: إنَّ القيمةَ تُقْسَمُ على طريقِ العَوْلِ، وكذلكَ قالَ في مسألةِ كتابِ المأذونِ».

قولُه: (**قَالَ: وَإِذَا كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَقَتَلَ مَوْلَى لَهُمَا. أَيْ: قَرِيبًا لَهُمَا، فَعَفَى أَحَدُهُمَا؛ بَطَلَ الْجَمِيعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁، وَقَالَا: يَدْفَعُ الَّذِي عَفَى نِصْفَ نَصِيبِهِ**

إِلَىٰ الْآخَرِ، أَوْ يَفْدِيهِ بِرُبُعِ الدِّيَةِ.

إِلَىٰ الْآخَرِ، أَوْ يَفْدِيهِ بِرُبُعِ الدِّيَةِ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ، عن يَعْقُوبَ، عن أبي حَنِيفَةَ ﵃: في عَبْدٍ بين رَجليْنِ قَتَلَ مَولىٰ لهما عَمدًا، فعَفَىٰ عنه أحدُهما، قالَ: بَطَلَ الدَّمُ كُلُّهُ. وقالَ أبو يُوسُفَ ومُحَمَّدٌ ﵄: يُقَالُ للَّذي عفَىٰ: ادْفَعْ نِصَفَ نَصيبِك [٣/٤٥٣ظ] إلىٰ الَّذي لَمْ يَعْفُ، أو افْدِهِ بِرُبُعِ الدِّيَةِ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ أصْلِ «الجامعِ الصَّغيرِ».

وذكَر في بعضِ نُسَخِ «الجامعِ الصَّغيرِ»: «وَلِيًّا لَهُمَا»، والوَلِيُّ: القريبُ، والمَولىٰ أُرِيدَ به القَريبُ أيضًا، قالَ تعالىٰ: ﴿وَإِنِّي خِفْتُ ٱلْمَوَٰلِيَ مِن وَرَآءِى﴾ [مريم: ٥]، والمَولىٰ: ابنُ العمِّ والعَصَبَةُ، والجَمْعُ المَوالي. كذا في «التَّيسيرِ»[2]، ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ به: المُعْتَقَ الَّذي أعتقاه، فصارَا عَصَبَةً له بالوَلاءِ.

قالَ فَخْرُ الإسلام ﵀: «وقدْ ذَكَر في بعضِ نُسَخِ «الجامعِ الصَّغيرِ»: قولَ مُحمَّدٍ مع قولِ أبي يُوسُفَ ﵀، وهوَ الأشهرُ، وذكرَ قولَه في بعضِ النُّسَخِ: مثلَ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵀».

وقالَ القُدُورِيُّ ﵀ في كتاب «التَّقريبِ»: «والصَّحيحُ أنَّه مع أبي حَنِيفَةَ ﵄».

وقالَ فَخْرُ الإسلامِ أيضًا: «وذَكر في كتابِ الدِّيَاتِ: أنَّ عبْدًا لوْ قتلَ مولاه عمْدًا، وله وَلِيَّانِ، فَعَفَىٰ أحدُهما؛ أنَّ الدَّم قدْ بَطَلَ كلُّه في قولِ أبي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ ﵄، ولَمْ تَخْتَلِفِ الرِّواياتُ فيه.

وقالَ أبو يُوسُفَ ﵁ في تلكَ المَسألةِ: مثلَ قولِه في مسألةِ هذا الكتابِ، ومسألةُ هذا الكتابِ مِنَ الخواصِّ». كذا قالَ فَخْرُ الإسلامِ ﵀.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٠].

(٢) هو: «التيسير في التفسير» لنجم الدين أبي حفص عُمَر بن محمد النسفِيّ. وقد تقدم التعريف بذلك.

. . . .

ولمَّا عَرَضَ مُحَمَّدٌ رحمه الله كتابَ «الجامع الصَّغيرِ» على أبي يُوسُفَ رحمه الله، خطَّأه أبو يُوسفَ في سِتِّ مسائلَ في روايتِه عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وهيَ مذكورةٌ في أوَّلِ «الجامعِ الصَّغيرِ» لفَخْرِ الإسلامِ رحمه الله، منها هذه المسألةُ، وقالَ: ما رَوَيْتُ عنْ أبي حَنِيفَةَ الخلافَ في هذه المسألةِ، بلْ قولُه فيها كقولِنا يُقالُ له: ادْفَعْ نِصفَ نصيبِك، أوِ افْدِهِ برُبعِ الدِّيَةِ، وإنَّما الاختلافُ الَّذي رَوَيْتُهُ في عَبْدٍ قتَلَ مَولاه عَمداً وله وَلِيَّانِ، فَعَفَى أحدُهما، إلَّا أنَّ مُحمَّداً رحمه الله لَمْ يَرْجِعْ عنْ روايتِه، وذكَرَ اختلافَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه في المسألتَيْنِ جميعاً.

ثُمَّ وجهُ قولِ أبي يُوسفَ في [٨/٢٠٤ظ/م] **المسألتَيْنِ واحدٌ**: وهوَ ظاهرٌ؛ لأنَّ القَوَدَ وَجَبَ لِلوَلِيَّيْنِ في كلِّ الدَّمِ على سبيلِ الشَّركةِ، والشِّياعُ في النَّصيبَيْنِ جميعاً مِنْ قِبَلِ أنَّه لَا يَمْتَنِعُ وجوبُ القَوَدِ للمَولى على عَبْدِه الَّذي هوَ مِلْكُه الخالصُ؛ لأنَّ العَبدَ في حقِّ الدَّمِ كالحُرِّ؛ لأنَّه مُبَقًّى على أصْلِ الحُرِّيَةِ في حقِّه.

فصارَ لكلِّ واحدٍ منهما نِصفُ القَوَدِ على الشِّياعِ، نِصفُه في مِلْكِه، ونِصفُه في مِلْكِ صاحبِه، فإذا عفَى أحدُهما بَطَلَ حقُّه، وبَقِيَ النِّصفُ الَّذي هوَ حقُّ شريكِه، ولكنْ نِصفُ هذا النِّصفِ مُتعلِّقٌ بمِلْكِ نفسِه، فإذا انقلبَ مالاً بَطَلَ ذلكَ؛ لأنَّ المَولى لَا يَسْتَوْجِبُ على عَبْدِه مالاً، وبَقِيَ النِّصفُ الآخرُ مُتعلِّقاً بمِلْكِ صاحبِه، فلَمْ يَبْطُلْ، فلذلكَ بَقِيَ الرُّبعُ.

ولأبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّ نصيبَ العافي قدْ سَقَطَ، ونصيبُ الآخرِ وهوَ نِصفُ القِصاصِ يَحْتَمِلُ أنْ يَكُونَ كلُّه [٣/٤٥٤و] في مِلْكِ شريكِه، فيَنْقَلِبُ مالاً، ويَحْتَمِلُ أنْ يَكُونَ في مِلْكِ نفسِه، فيَبْطُلُ أصلاً، ويَحْتَمِلُ أنْ يَكُونَ نِصْفُه في مِلْكِ نفسِه، ونِصفُه في مِلْكِ العافي، فيَنْقَلِبُ الَّذي وقعَ في مِلْكِ العافي مالاً، وهوَ الرُّبعُ، فلمَّا كانَ مُحْتملاً؛ لَمْ يَنْقَلِبْ مالاً إذِ المالُ لَا يَجِبُ بالشَّكِّ والاحتمالِ.

وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله.

غاية البيان

قالَ فَخْرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ رحمه الله: «إنْ كانَ قولُ مُحَمَّدٍ مع قولِ أبي حَنِيفَةَ في مسألةِ الكتابِ، فلَا حاجةَ إلىٰ الفَرقِ، وإنْ كانَ مع أبي يُوسُفَ احتاجَ مُحَمَّدٌ رحمه الله إلىٰ الفرقِ بينَ مسألتِنا، ومسألةِ كتابِ الدِّيَاتِ.

والفرْقُ: أنَّ ثَمَّةَ القَوَدَ وَجَبَ للقتلِ، وهوَ واحدٌ مالكٌ لرَقبةِ العَبدِ، وقامَ الوَلِيَّانِ مقامَه، فإذا صارَ مالًا؛ صارَ ميراثًا لَا محالةَ، فاعْتُبِرَ مالًا [للقتيلِ، وهوَ واحدٌ][(١)] مالكٌ لرقبةِ العبدِ؛ لأنَّه ما صارَ مالًا إلَّا علىٰ مملوكِه، فلَمْ يَثْبُتِ الشِّياعُ والتَّنصيفُ؛ لأنَّ مِلْكَ الوارثِ هوَ مِلْكُ الميِّتِ، فبَطَلَ ذلكَ كلُّه، كعبدٍ قتَلَ مولاه خطأً، فأمَّا هاهنا؛ فإنَّ القِصاصَ لَمْ يَثْبُتْ إلَّا لاثنيْنِ في حقِّ المملوكِ، والمقتولُ غيرُ مالكٍ لرقبتِه، وإذا كانَ كذلكَ يَثْبُتُ علىٰ المُناصَفةِ والشِّياعِ في حقِّ المِلْكِ، فانقلبَ مالًا كذلكَ».

وقالَ القُدُورِيُّ رحمه الله **في كتابِ «التَّقريبِ»**: «ولا يَلْزَمُ علىٰ هذا ـ أي: علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه في مسألةِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**» ـ أنَّ الدَّمَ يَبْطُلُ كلُّه إذا قَتلتْ أمُّ الولدِ مولاها وله وَلِيَّانِ، فعفَىٰ أحدُهما؛ لأنَّ ابنَ شُجَاعٍ ذكَرَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رحمهما الله: أنَّها كالعبدِ، ويَسْقُطُ الجميعُ، فعلىٰ هذا لَا يَحْتَاجُ إلىٰ فَرْقٍ.

والمشهورُ: أنَّ ذلكَ لَا يَسْقُطُ، والفرقُ بينهما: أنَّ أمَّ الولدِ تَعْتِقُ بموتِ المولىٰ، فيَثْبُتُ الضَّمانُ بالعَفوِ[(٢)]، وهيَ حُرَّةٌ، فيَجُوزُ أنْ يَثْبُتَ للمولىٰ عليها ضمانٌ، وقدْ ذَكَرَ ابنُ شُجَاعٍ في مسألةِ [٨/٢٠٥و/م] أمِّ الولدِ روايتيْنِ». كذا في «**التَّقريبِ**».

قولُه: (وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ)، أي: في بعضِ نُسَخِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

---

(١) وقع في «الأصل»: «للقتيل الواحد وهو». وفي «ن»، و«غ»: «للقتل وهو واحد». والمثبت من: «فا٢»، و«م».

(٢) في «الأصل»: «بالعتق». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

[وَذَكَرَ فِي الدِّيَاتِ: عَبْدٌ قَتَلَ مَوْلَاهُ، وَلَهُ ابْنَانِ، فَعَفَىٰ أَحَدُ الِابْنَيْنِ؛ بطل ذَلِكَ كُلُّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: الْجَوَابُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ، وَلَمْ يذْكُر فِيهِ اخْتِلَاف الرِّوَايَةِ لِأَبِي يُوسُفَ فِي الْمسْأَلَتَيْنِ: أَنَّ حَقَّ الْقِصَاصِ يَثْبُتُ فِي الْعَبْدِ عَلَىٰ سَبِيلِ الشُّيُوعِ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَىٰ لَا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ الْقِصَاصِ لَهُ، فَإِذَا عَفَىٰ أَحَدُهُمَا: انْقَلَبَ نَصِيبُ الْآخَرِ، وَهُوَ النِّصْفُ مَالًا، غَيْرَ أَنَّهُ شَائِعٌ فِي الْكُلِّ، فَيَكُونُ نِصْفُهُ فِي نَصِيبِهِ، وَالنِّصْفُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، فَمَا يَكُونُ فِي نَصِيبِهِ سَقَطَ ضَرُورَةَ أَنَّ الْمَوْلَىٰ لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَىٰ عَبْدِهِ مَالًا، وَمَا كَانَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بَقِيَ. وَنِصْفُ النِّصْفِ هُوَ الرُّبُعُ، فَلِهَذَا يُقَالُ: ادْفَعْ نِصْفَ نَصِيبِكَ، أَوِ افْدِهِ بِرُبُعِ الدِّيَةِ.

وَلَهُمَا: أَنَّ مَا يَجِبُ مِنَ الْمَالِ يَكُونُ حَقَّ الْمَقْتُولِ؛ لأنه بَدَلُ ....

غاية البيان

قولُه: (وَذَكَرَ فِي الدِّيَاتِ: عَبْدٌ قَتَلَ مَوْلَاهُ، وَلَهُ ابْنَانِ، فَعَفَىٰ أَحَدُ الِابْنَيْنِ؛ بَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رضي الله عنهما، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رضي الله عنه: الْجَوَابُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ، وَلَمْ يذْكُر فِيهِ اخْتِلَاف الرِّوَايَةِ لِأَبِي يُوسُفَ فِي الْمسْأَلَتَيْنِ: أَنَّ حَقَّ الْقِصَاصِ يَثْبُتُ فِي الْعَبْدِ عَلَىٰ سَبِيلِ الشُّيُوعِ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَىٰ لَا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ الْقِصَاصِ لَهُ، فَإِذَا عَفَىٰ أَحَدُهُمَا: انْقَلَبَ نَصِيبُ الْآخَرِ، وَهُوَ النِّصْفُ مَالًا، غَيْرَ أَنَّهُ شَائِعٌ فِي الْكُلِّ، فَيَكُونُ نِصْفُهُ فِي نَصِيبِهِ، وَالنِّصْفُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، فَمَا يَكُونُ فِي نَصِيبِهِ سَقَطَ ضَرُورَةَ أَنَّ الْمَوْلَىٰ لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَىٰ عَبْدِهِ مَالًا، وَمَا كَانَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بَقِيَ.

وَنِصْفُ النِّصْفِ هُوَ الرُّبُعُ، فَلِهَذَا يُقَالُ: ادْفَعْ نِصْفَ نَصِيبِكَ، أَوِ افْدِهِ بِرُبُعِ [٣/٤٥٤ظ] الدِّيَةِ. وَلَهُمَا: أَنَّ مَا يَجِبُ مِنَ الْمَالِ [يَكُونُ][1] حَقَّ الْمَقْتُولِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

دَمِهِ، وَلِهَذَا يُقْضَىٰ مِنْهُ دُيُونُهُ، وَيُنَفَّذُ بِهِ وَصَايَاهُ، ثُمَّ الْوَرَثَةُ يَخْلُفُونَهُ فِيهِ عِنْدَ الْفَرَاغِ مِنْ حَاجَتِهِ، وَالْمَوْلَىٰ لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَىٰ عَبْدِهِ دَيْنًا، فَلَا يَخْلُفُهُ الْوَرَثَةُ فِيهِ](١).

غاية البيان

دَمِهِ، وَلِهَذَا يُقْضَىٰ مِنْهُ دُيُونُهُ، وَيُنَفَّذُ بِهِ وَصَايَاهُ، ثُمَّ الْوَرَثَةُ يَخْلُفُونَهُ فِيهِ عِنْدَ الْفَرَاغِ مِنْ حَاجَتِهِ، وَالْمَوْلَىٰ لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَىٰ عَبْدِهِ دَيْنًا، فَلَا يَخْلُفُهُ الْوَرَثَةُ فِيهِ).

إلىٰ هنا لفظُ صاحبِ «الهدايةِ» رحمه الله فيها في بعضِ نُسَخِها، ولم تُكْتَبْ هذه النُّسخةُ في أكثرِ نُسَخِها، والحقُّ أنْ تُكْتَبَ؛ لأنَّها إذا لَمْ تُكْتَبْ تخْلو مسألةُ «الجامعِ الصَّغيرِ» عن الدَّليلِ أصلًا.

وقولُه: (فِي الدِّيَاتِ)، أي: في كتابِ الدِّيَاتِ منَ «المَبسوطِ».

وقولُه: (وَلَمْ يذْكُرِ اخْتِلَافَ الرِّوَايَةِ)، أي: في مسألةِ كتابِ الدِّيَاتِ لَمْ يَذْكُرِ اختلافَ الرِّوايةِ في قولِ مُحَمَّدٍ رحمه الله، بَلْ ذَكَرَ قولَه مع أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهما في جميعِ الرِّواياتِ ثَمَّةَ.

والله أعلمُ.

---

(١) كتب في حاشية الأصل وعلى أوله وآخره: «خ».

فَصْلٌ

وَمَنْ قَتَلَ عَبْدًا خطأً ؛ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لَا تُزَادُ عَلَىٰ عَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ ، أَوْ أَكْثَرَ ؛ قُضِيَ لَهُ بِعَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ إِلَّا عَشَرَةً ، وَفِي الْأَمَةِ إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهَا عَلَى الدِّيَةِ خَمْسَةُ آلَافٍ إِلَّا عَشَرَةً .

غاية البيان

فَصْلٌ

لمَّا فَرَغَ من جِنايةِ العَبْدِ علىٰ غيرِه: شَرَعَ في أحكامِ الجِنايةِ عليه ؛ لأنَّ الفاعلَ مُقَدَّمٌ علىٰ المفعولِ وُجودًا ، فوَجَبَ تَرْتِيبُه كذلكَ للمُناسبةِ .

قولُه: (وَمَنْ قَتَلَ عَبْدًا خَطَأً ؛ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لَا تُزَادُ عَلَىٰ عَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ ، أَوْ أَكْثَرَ ؛ قُضِيَ لَهُ بِعَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ إِلَّا عَشَرَةً ، وَفِي الْأَمَةِ إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهَا عَلَى الدِّيَةِ خَمْسَةُ آلَافٍ إِلَّا عَشَرَةً[1]) ، هذا لفظُ الْقُدُورِيِّ ﵀ في «مختصرِه»[2] .

وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ ومُحَمَّدٍ ﵃ ، وذلكَ علىٰ العاقِلَةِ في ثلاثِ سِنينَ . كذا ذكَرَ الْكَرْخِيُّ في «مختصرِه»[3] .

وعندَ أبي يُوسُفَ والشَّافِعِيِّ ﵄: يَجِبُ قيمتُه بالغةً ما بلغَتْ[4] ، ولَا يَتَحَمَّلُها العاقِلَةُ كضمانِ الأموالِ . كذا ذَكَر علاءُ الدِّينِ العالمُ ﵀ في «طريقةِ الخلافِ»[5] .

---

(١) وقع في بعض النسخ من «المختصر»: وفي الأمة خمسة آلاف إلا خمسة . قال في «الينابيع»: والرواية المشهورة هي الأولىٰ ، يعني إلا العشرة ، وهي الصحيحة في النسخ . كذا في «التصحيح» [ص/٣٩٢] .

(٢) ينظر : «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٩٠] .

(٣) وعلىٰ قول الإمام اعتمد الأئمة منهم: البراني والنسفي والموصلي وغيرهم . كذا في «التصحيح» [ص/٣٩٢] . ينظر : «التجريد» [٥٤٨٤/١١] ، «المبسوط» [١٥٦/١٩] ، «بدائع الصنائع» [٢٥٧/٧] .

(٤) ينظر : «الأم» للشافعي [٦٧/٧] ، و«كفاية النبيه» لابن الرافعة [١٨٥/١٦] .

(٥) ينظر : «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٥٠٦] .

. . . .

غاية البيان

وقالَ الطَّحَاوِيُّ في «مختصرِه»: «رَوَىٰ مُحَمَّدٌ عنْ أبي يُوسُفَ رضي الله عنهم أنَّه قالَ: قيمتُه علىٰ عاقِلَتِهِ بالغًا ما بلَغَ.

ورَوَىٰ أصحابُ «**الإملاءِ**» عنه أنَّه قالَ: قيمتُه علىٰ الجاني في مالِه بالغةً ما بلغَتْ، ولَا تَحْمِلُ العاقِلَةُ منها شيءٌ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الطَّحَاوِيِّ رحمه الله.

وأجمَعُوا في العَبدِ المَغصوبِ إذا هلَكَ عندَ الغاصبِ؛ يَجِبُ قيمتُه بالغةً [٨/٢٠٥ظ/م] ما بلغَتْ.

وقالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله **في «مختصرِه»**: «رُوِيَ أنَّ العَبْدَ لَا يُبْلَغُ به ديةُ الحُرِّ عنْ عبدِ اللهِ بنِ مَسْعُودٍ، وإبراهيمَ[2]، والشَّعْبِيِّ[3]، وعَطَاءٍ[4]، ورواه مُحَمَّدٌ عنْ سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ[5] رضي الله عنهم، ورُوِيَ عن عَلِيٍّ[6]، وابن عُمَرَ، وابن عَبَّاسٍ رضي الله عنهم: فيه القيمةُ بالغًا ما بلغَ وغيرهم»[7]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله.

والحاصلُ: أنَّ العَبْدَ مضمونٌ بالقتلِ بالاتِّفاقِ، ولكنَّه مضمونٌ عندَنا مِن حيثُ إنَّه آدمِيٌّ، وعندَ أبي يُوسُفَ رحمه الله: مِن حيثُ إنَّه مالٌ.

له: أنَّ جَعْلَهُ مضمونًا مِن حيثُ إنَّه مالٌ أَولىٰ، فيَكُونُ الواجبُ قيمتَه بالغةً ما بلغَتْ، ولَا تعْقِلُه العاقِلَةُ [لأنَّ][8] آدميَّتَه ساقطةُ العِبْرةِ في مُقابلةِ الماليَّةِ، ولهذا

---

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٢٤٣].

(٢) ينظر: «المصنف» لعبد الرزاق [رقم/١٨١٧٢]، و«المصنف» لابن أبي شيبة [رقم/٢٧٢١٣].

(٣) ينظر: «المصنف» لعبد الرزاق [رقم/١٨١٧٢]، و«المصنف» لابن أبي شيبة [رقم/٢٧٢١٥].

(٤) ينظر: «المصنف» لعبد الرزاق [رقم/١٨١٦٩]، و«المصنف» لابن أبي شيبة [رقم/٢٧٢١٤].

(٥) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٨١١٧٤]، وابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/٢٧٢٠٣]، لكن فيهما قال: «ثَمَنُهُ مَا بَلَغَ، وَإِنْ زَادَ عَلَىٰ دِيَةِ الْحُرِّ».

(٦) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٨١٧٦]، وابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/٢٧٢٠٩].

(٧) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٧/ داماد].

(٨) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

. . . .

ظهرتْ مالكيَّةُ المَولىٰ عليه، ولَمْ تَظْهَرْ مالكيَّتُه في مُقابلةِ مالكيَّةِ المَولىٰ حتَّىٰ كانَ المَولىٰ أحقَّ بنفسِه منه، فكانَ تَضْمِينُه مِن الوجهِ الظَّاهرِ أَولىٰ، [٣/٤٥٥و] ولهذا كانَ الواجبُ القيمةُ في قليلِ القيمةِ دونَ الدِّيَةِ، حتَّىٰ لم تَكُنْ مُقَدَّرَةً في نفسِها، وكذلكَ الواجبُ في أطرافِ العَبيدِ القيمةُ بالإجماعِ، فكذا في العبدِ المَغصوبِ، فكانَ معنىٰ الماليَّة فيه أرجَحَ مِنْ معنىٰ الآدميَّةِ. ولنا: قولُه تعالىٰ: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢].

وجهُ الاستدلالِ: أنَّه تعالىٰ سَمَّىٰ الواجبَ في قَتْلِ المؤمنِ خطأً دِيَةً، والعبْدُ مُؤْمِنٌ قُتِلَ خَطأً، فيَجِبُ فيه الدِّيَةُ، والدِّيَةُ: اسمٌ لِما يَجِبُ بمُقابَلةِ الآدميِّ لَا بمُقابَلةِ المالِ، وما يَجِبُ بمُقابَلةِ المالِ يُسَمَّىٰ قيمةً وضمانًا، وهوَ العُرْفُ، فثَبَتَ بدلالةِ الآيةِ أنَّ العبدَ مضمونٌ بمُقابلةِ الآدميَّةِ، ولَا يُزَادُ علىٰ تقديرِ الشَّرعِ في الدِّيَةِ ويُنْقَصُ عنها بِأَثَرِ عبدِ اللهِ بنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه لنُقْصانِ الرِّقِّ فيه، لئلَّا يَلْزَمَ التَّسويةُ بينَ كاملِ الحالِ وناقصِ الحالِ.

والدَّليلُ علىٰ أنَّ معانيَ الآدميَّةِ راجحةٌ فيه: أنَّ أكثرَ تكاليفِ الشَّرعِ مُتَوَجِّهٌ عليه بالإجماعِ منْ حيثُ الآدميَّةُ، وهذا يَقْتَضِي أنْ يَكُونَ مضمونًا مِن حيثُ إنَّه آدميٌّ، ولهذا وَجَبَ القِصاصُ بِقَتْلِهِ، ثمَّ إنَّه كما استحقَّ العِصمةَ مِن حيثُ إنَّه مالٌ استحقَّ منْ حيثُ إنَّه آدميٌّ، فمراعاةُ العِصمةِ مِن حيثُ الآدميَّةُ أَولىٰ من مراعاتِها مِن حيثُ الماليَّةُ؛ لأنَّ عِصمتَه مِن حيثُ إنَّه آدميٌّ لذَاتِه، وعِصمتُه من حيثُ إنَّه مالٌ لغيرِه.

فكانَتْ عِصمتُه من حيثُ الماليَّةُ كالتَّابعِ للعِصمةِ مِن حيثُ الآدميَّةُ في حَقِّ استحقاقِ العِصمةِ، وإلحاقُ التَّابعِ بالأصلِ أَولىٰ منَ القَلْبِ، ولأنَّ المعانيَ الَّتي تَزِيدُ بها قيمةُ العَبدِ موجودةٌ في الأحرارِ مع زيادةِ الحُرِّيةِ، فإذا لم تُوجِبْ أكثرَ مِنَ الدِّيَةِ، فلأنْ لَا تُوجِبَ في العَبدِ مع نُقصانِ الرِّقِّ أَولىٰ، ولأنَّه بَدَلُ آدميٍّ وَجَبَ

. . . .

بالقتلِ، فجازَ أنْ يَدْخُلَه التَّقديرُ كَدِيَةِ الحُرِّ، ولَا يَلْزَمُ [٨/٢٠٦و/م] إذا غَصَبَ عبدًا فتَلِفَ في يدِه، لأنَّا احترَزْنا بالقتلِ عنْ ذلكَ، ولأنَّ الغَصبَ يَرِدُ عليه باعتبارِ الماليَّةِ، فكانَ مضمونًا بمُقابلةِ الماليَّةِ لَا الآدميَّةِ.

وفي قليلِ القيمةِ لَا نَقُولُ إنَّه ضمانُ مالٍ، بلْ هوَ ضمانُ الآدميِّ أيضًا، إلَّا إنَّه لَمَّا لَمْ يَرِدِ السَّمعُ فيه؛ جُعِلَ القِيمةُ والماليَّةُ مِعيارًا لهذا البَدَلِ، ولأنَّ ضمانَ النَّفسِ قُدِّرَ ثَمَّةَ بالماليَّةِ بالإجماعِ؛ لأنَّه [لا][1] يَلْزَمُ التَّسويةُ بينَ كاملِ الحالِ وناقصِ الحالِ، وفي الأطرافِ ليسَ معنىٰ الآدميَّةِ بأصْلٍ، بلْ هوَ تابعٌ؛ لأنَّه يُنْتَفَعُ بها انتفاعَ الأموالِ، فترَجَّحَ معنىٰ الماليَّةِ، بخلافِ النَّفسِ.

فإنْ قِيلَ: إنَّه مملوكٌ، فإذا أُتْلِفَ وَجَبَ أَنْ يَبْلُغَ قيمتَه بالغًا ما بلَغَ، كسائرِ المَملوكاتِ.

قلْنا: المَعنىٰ في الأصلِ: أنَّها تُضْمَنُ ضمانَ الأموالِ، ولهذا لَا يَدْخُلُ فيه شيءٌ منْ أحكامِ الجِناياتِ، بخلافِ العَبْدِ؛ فإنَّه يُضْمَنُ ضمانَ الجِناياتِ، بدليلِ ثُبوتِ الكفَّارةِ، وتحَمُّلِ العاقِلَةِ، ووُجوبِ القِصاصِ، وثُبوتِ القَسامَةِ.

فإنْ قِيلَ: ما لَا يَتقدَّرُ بَدَلُهُ قِلَّةً، لَا يَتَقَدَّرُ كَثْرَةً كالأموالِ.

قلْنا: يَبْطُلُ باليَدِ الشَّلَّاءِ، وما دونَ المُوضِحَةِ منَ الجِناياتِ.

ثُمَّ لمَّا لَمْ يُرَدِ الواجبُ في قَتْلِ [٣/٤٥٥ظ] العَبْدِ علىٰ دِيَةِ الحُرِّ؛ نَقَصَ منها إظهارًا لنُقصانِ الرِّقِّ، وإنَّما عُيِّنَتِ العَشَرَةُ بِأَثَرِ عبدِ اللهِ بنِ مَسْعُودٍ، ولأنَّ العَشَرَةَ أَدنىٰ مالٍ له خَطَرٌ في الشَّرعِ، ولهذا تَوَقَّفَ القَطْعُ في السَّرِقَةِ عليها، ألَا تَرَىٰ أنَّ الحُرَّةَ لَا يُسْتَبَاحُ وَطْؤُها بالنِّكاحِ إلَّا بعَشَرَةٍ، ويُسْتَبَاحُ وَطْءُ الأَمَةِ بالهِبَةِ بغيرِ شيءٍ،

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ».

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ: تَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ، وَلَوْ غَصَبَ عَبْدًا قِيمَتُهُ [٢٧٠/و] عِشْرُونَ أَلْفًا فَهَلَكَ فِي يَدِهِ تَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ بِالْإِجْمَاعِ. لَهُمَا أَنَّ الضَّمَانَ بَدَلُ الْمَالِيَّةِ وَلِهَذَا يَجِبُ لِلْمَوْلَىٰ وَهُوَ لَا يَمْلِكُ الْعَبْدَ إِلَّا مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ، وَلَوْ قُتِلَ الْعَبْدُ الْمَبِيعُ قَبْلَ الْقَبْضِ؛ يَبْقَىٰ الْعَقْدُ وَبَقَاؤُهُ بِبَقَاءِ الْمَالِيَّةِ أَصْلًا أَوْ بَدَلِهِ وَصَارَ كَقَلِيلِ الْقِيمَةِ وَكَالْغَصْبِ.

غاية البيان

ولِذلكَ قَدَّروا نَقْصَ الرِّقِّ هاهنا بِعَشَرَةٍ.

وأَمَّا الأَمَةُ: فلَا يُزَادُ الواجبُ في قَتْلِها علىٰ خمسةِ آلافٍ إلَّا عَشَرَةً، وهذا ظاهرُ الرِّوايةِ؛ لأنَّ هذا دِيَةُ الحُرِّ، فَيُنْقَصُ منها عَشَرةٌ كما يُنْقَصُ مِن دِيَةِ الرَّجلِ، وليسَ كذلكَ إذا قَطَعَ يَدَ العَبْدِ أنَّه لَا يَتَجاوَزُ خمسةَ آلافٍ إلَّا خمسةً؛ لأنَّ ما يَجِبُ في اليَدِ جُزْءٌ ممَّا يَجِبُ في الجُملةِ، فَقُدِّرَ بِنِصْفِها، وما يَجِبُ في الأُنثىٰ ليسَ بِجُزْءٍ منْ دِيَةِ الذَّكَرِ، وإنَّما هيَ دِيَةٌ في نَفسِها، فلذلكَ قُدِّرَ النَّقْصُ فيها بعَشَرةٍ.

وفي روايةِ الحسنِ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في قَتْلِ الأَمَةِ خَطَأً، إذا زادَتْ قيمتُها علىٰ دِيَةِ الحُرَّةِ خمسةُ آلافِ درهمٍ إلَّا خمسةً.

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ السَمَرْقَنْدِيُّ ﷺ في كتابِ «العيونِ»: «روايةُ الحسنِ بنِ زيادٍ هوَ القياسُ»[١].

قولُه: (وَلِهَذَا يَجِبُ لِلْمَوْلَىٰ)، إيضاحٌ لكونِ الضَّمانِ بَدَلَ الماليَّةِ، وهوَ لَا يَمْلكُ العَبْدَ إلَّا من حيثُ الماليَّةُ. أي: المولىٰ لَا يَمْلِكُ العبدَ من حيثُ الآدميَّةُ، بلْ مِنْ حيثُ الماليَّةُ، فلوْ كانَ الضَّمانُ بدلَ الدَّمِ؛ لوجَبَ الضَّمانُ للعَبْدِ؛ لأنَّه في حَقِّ الدَّمِ مُبَقًّىٰ علىٰ أصْلِ الحُرِّيَّةِ.

قولُه: (وَلَوْ قُتِلَ الْعَبْدُ الْمَبِيعُ قَبْلَ الْقَبْضِ؛ يَبْقَىٰ [٢٠٦/٨ظ/م] الْعَقْدُ)، ذَكَرَه

(١) ينظر: «عيون المسائل» لأبي الليث [ص/٢٨٧].

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمهما الله قوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ﴾ [النساء: ٩٢] أَوْجَبَهَا مُطْلَقًا، وَهِيَ اسْمٌ لِلْوَاجِبِ بِمُقَابَلَةِ الْآدَمِيَّةِ، وَلِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْآدَمِيَّةِ حَتَّى كَانَ مُكَلَّفًا، وَفِيهِ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ، وَالْآدَمِيَّةُ أَعْلَاهُمَا فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا

غاية البيان

أيضًا على سبيلِ الإيضاحِ عَطفًا على قولِه: (يَجِبُ لِلْمَوْلَى)، يَعْنِي: أنَّ بقاءَ العَقدِ باعتبارِ الماليَّةِ، لَا باعتبارِ الآدميَّةِ، دلَّ أنَّ الضمانَ بدلُ الماليَّةِ.

وهذه المسألةُ تَحْتَاجُ إلى البيانِ.

قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله **في كتابِ «التَّقريبِ»**: «قالَ أبو يُوسُفَ رحمه الله: إذا قُتِلَ المَبِيعُ في يَدِ البائعِ، فاختارَ المُشتري إجازةَ البيعِ؛ كانَ له القِصاصُ، وكذلكَ إنِ اختارَ فَسْخ البيعِ؛ كانَ للبائعِ القِصاصُ، وهذا حِفْظي عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وقالَ أبو يُوسُفَ رضي الله عنه: ليسَ للبائعِ القِصاصُ، ورَوَى ابنُ زيادٍ عنه: لَا قِصاصَ للمشتري أيضًا.

لأبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّ العَقدَ يَتَعَرَّضُ للفَسخِ ما لَمْ يَتَّصِلْ به القبضُ، فإذا هَلَكَ انفسخَ العَقدُ، وصارَ كأنَّه لَمْ يَكُنْ، فوَجَبَ القِصاصُ للبائعِ، وليسَ كذلكَ المُكاتَبُ إذا ماتَ عنْ وفاءٍ، ووارِثُه غيرُ المَولى؛ لأنَّ الوارثَ يَثْبُتُ له الحَقُّ مِنْ غيرِ أنْ يَسْتَنِدَ إلى أمرٍ سابقٍ، فلذلكَ لَمْ يَكُنْ له القِصاصُ.

وليسَ كذلكَ العَبدُ إذا قُتِلَ في يَدِ الغاصِبِ، فَضَمَّنَهُ المالكُ؛ لأنَّه لَا يَمْلِكُ القِصاصَ؛ لأنَّ مِلْكَه يَتَعَلَّقُ بالاختيارِ، وهوَ سببٌ حادثٌ بعدَ الجنايةِ، فلذلكَ لَمْ يَمْلِكْ به القِصاصَ، وفي مسألتِنا يَمْلِكُه البائعُ بحُكْمِ المِلْكِ الأوَّلِ، ولَا يَلْزَمُ [٣/٤٥٦و] على هذا إذا كانَ الخِيارُ للبائعِ، والعَبدُ في يَدِ المشتري، فاختارَ تَضْمِينَهُ أنَّه لَا قِصاصَ للمُشتري؛ لأنَّه يَمْلِكُه باختيارِ التَّضْمينِ، وهوَ سببٌ حادثٌ.

ولأبي يُوسُفَ رحمه الله: أنَّ البيعَ يَنْفَسِخُ بالهلاكِ، فيَمْلِكُه البائعُ بذلكَ، وهوَ سببٌ

بِإِهْدَارِ الْأَدْنَىٰ عِنْدَ تَعَذُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَضَمَانُ الْغَصْبِ بِمُقَابَلَةِ الْمَالِيَّةِ، إِذْ الْغَصْبُ لَا يُرَدُّ إِلَّا عَلَىٰ الْمَالِ، وَبَقَاءُ الْعَقْدِ يَتْبَعُ الْفَائِدَةَ حَتَّىٰ يَبْقَىٰ بَعْدَ قَتْلِهِ عَمْدًا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْقِصَاصُ بَدَلًا عَنْ الْمَالِيَّةِ فَكَذَلِكَ أَمْرُ الدِّيَةِ.

وَفِي قَلِيلِ الْقِيمَةِ الْوَاجِبِ بِمُقَابَلَةِ الْآدَمِيَّةِ إِلَّا أَنَّهُ لَا سَمْعَ فِيهِ فَقَدَّرْنَاهُ بِقِيمَتِهِ رَأْيًا، بِخِلَافِ كَثِيرِ الْقِيمَةِ لِأَنَّ قِيمَةَ الْحُرِّ مُقَدَّرَةٌ بِعَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ وَنَقَصْنَا مِنْهَا فِي الْعَبْدِ إِظْهَارًا لِانْحِطَاطِ رُتْبَتِهِ وَتَعْيِينُ الْعَشَرَةِ بِأَثَرِ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ.

غاية البيان

حادثٌ، فصارَ كَتَضْمِينِ الغاصِبِ، وتَضْمِينِ المُشتري في البيعِ المَشروطِ فيه الخيارُ، وليسَ كذلكَ المُشتري؛ لأنَّ المِلْكَ له، وإنَّما كانَتِ اليَدُ لِغيرِه، فهذا لَا يَمْنَعُ وجوبَ القِصاصِ.

ووجهُ الرِّوايةِ الأُخرىٰ: أنَّ المَبِيعَ ما دامَ في يدِ البائعِ؛ فله فيه حقُّ المِلْكِ؛ لجوازِ أنْ يَعُودَ إليه، فقدْ وقعَتِ الجِرَاحَةُ علىٰ وجهٍ لَا يَثْبُتُ القِصاصُ معه، وهوَ أنْ يَخْتَارَ المشتري الرَّدَّ، فصارَ ذلكَ شُبْهَةً.

وقدْ قالَ زُفَرُ رحمه الله في المَبِيعِ يُقْتَلُ في يَدِ البائعِ: لَا قصاصَ لواحدٍ منهما، وكذلكَ الرَّهنُ؛ لأنَّ للمُرتهنِ أنْ يَمْنَعَ المالكَ منَ القِصاصِ، فصارَ ذلكَ شُبهةً.

وفرَّقَ أبو يُوسُفَ رحمه الله بينَ البيعِ والرَّهنِ في إحدىٰ الرِّوايتيْنِ؛ لأنَّ المِلْكَ في الرَّهنِ للرَّاهنِ، وإنَّما للمُرتهنِ أنْ يَمْنَعَ القِصاصَ حتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ حَقَّه، فإذا رَضِيَ فقدْ أسقطَ حَقَّ نفسِه، فَبَقِيَ مِلْكُ الرَّاهنِ، وفي المَبِيعِ حقُّ المِلْكِ ثابتٌ للبائعِ، فيَصِيرُ المُستحقُّ للقِصاصِ مجهولًا». كذا في «**التَّقريبِ**».

قولُه: (عِنْدَ تَعَذُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا)، أي: بينَ معنىٰ الماليَّةِ، ومعنىٰ الآدميَّةِ؛ لأنَّهم أجمَعُوا علىٰ أنَّ الضَّمانَ إمَّا بَدَلُ الماليَّةِ [٢٠٧/٨و/م]، أو بَدَلُ الآدَمِيَّة.

قولُه: (وَتَعْيِينُ الْعَشَرَةِ بِأَثَرِ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه)، وهو ما رَوَىٰ الْقُدُورِيُّ رحمه الله

قَالَ: وَفِي يَدِ الْعَبْدِ نِصْفُ قِيمَتِهِ، لَا يُزَادُ عَلَىٰ خَمْسَةِ آلَافٍ إِلَّا خَمْسَةَ دَرَاهِمَ؛

في «شرحِ مختصرِ الْكَرْخِيِّ»: عنْ عبدِ اللهِ بنِ مَسْعُودٍ أنَّه قالَ في قِيمةِ العَبْدِ: «لَا يُزادُ علىٰ عَشَرَةِ آلافٍ إلَّا عَشَرَةً». وهذا أمرٌ لَا يُعْلَمُ إلَّا منْ طريقِ التَّوقيفِ.

وذُكِرَ في بعضِ نُسَخِ «الهدايةِ»: «ابنُ عباسٍ»[1]، مكان «ابنِ مسعودٍ»، وذاكَ ليسَ بصحيحٍ؛ لأنَّ مذهبَ ابنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما مثلُ قولِ أبي يُوسُفَ رحمه الله، وقد رواه الْكَرْخِيُّ كذلكَ، مَرَّ بَيَانُه.

قولُه: (قَالَ: وَفِي يَدِ الْعَبْدِ نِصْفُ قِيمَتِهِ، لَا يُزَادُ عَلَىٰ خَمْسَةِ آلَافٍ إِلَّا خَمْسَةَ دَرَاهِمَ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[2]، أي: لَا تُزادُ نِصفُ قيمةِ العَبْدِ في تَضْمينِ الجاني علىٰ خَمسةِ آلافِ دِرهمٍ مَنقوصًا منه خمسةُ دراهمَ؛ وذلكَ لأنَّ ما يَجِبُ في اليَدِ مِن الحُرِّ مُقَدَّرٌ بِنِصْفِ ما يَجِبُ في الجُملةِ، فكذلكَ ما يَجِبُ في يَدِ العَبْدِ يُقَدَّرُ بِنِصْفِ ما يَجِبُ في جُملتِه، ولَا يُشْبِهُ هذا ما يَجِبُ في نَفْسِ الأَمَةِ إنَّه يَنْقُصُ منه عشرةُ دراهمَ؛ لأنَّه ليسَ بِجُزْءٍ منْ دِيَةِ الذَّكَرِ، وإنَّما هيَ دِيَةٌ في نَفسِها، ولهذا يُقَدَّرُ النَّقصُ فيه بِعَشَرَةٍ، وهذا الَّذي ذكرَه قولُ أبي حَنِيفَةَ وأبي يُوسُفَ أوَّلًا رضي الله عنهما[3].

وقالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: عليه النُّقصانُ، وهوَ قولُ زُفَرَ وأبي يُوسُفَ آخِرًا رضي الله عنهما، كذا في [٣/٤٥٦ظ] «شرحِ أبي نصرٍ».

قالَ أبو الحسنِ الْكَرْخِيُّ في «مختصرِه»: «قالَ ابنُ سَمَاعَةَ وبِشْرٌ، عنْ أبي يُوسُفَ قالَ: قالَ أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه: كلُّ شيءٍ فيه منَ الحُرِّ الدِّيَةُ؛ فهوَ مِنَ العَبْدِ فيه

---

(١) وكذا أشار إليه المؤلفُ في حاشية النسخة التي بخطه مِن «الهداية» [٢/ ق٢٧٠/ أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٩٠].

(٣) والصحيح قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ وعلىٰ قول الإمام اعتمدم المحبوبي والنسفي وغيرهما. ينظر: «العناية» [١٠/٣٥٦]، «مجمع الأنهر» [٢/٦٧٢]، «تبيين الحقائق» [٦/١٦٢]، «التصحيح» [ص/٣٩٣].

لِأَنَّ الْيَدَ مِنْ الْآدَمِيِّ نِصْفُهُ فَتُعْتَبَرُ بِكُلِّهِ، وَيَنْقُصُ هَذَا الْمِقْدَارُ إظْهَارًا لِانْحِطَاطِ رُتْبَتِهِ، وَكُلُّ مَا يُقَدَّرُ مِنْ دِيَةِ الْحُرِّ فَهُوَ مُقَدَّرٌ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ لِأَنَّ الْقِيمَةَ فِي الْعَبْدِ كَالدِّيَةِ

غاية البيان

القيمةُ، وكلُّ شيءٍ منَ الحُرِّ فيه نِصفُ الدِّيَةِ؛ فهوَ مِنَ العبدِ فيه نِصفُ قيمتِه، وكذلكَ الجِراحاتُ علىٰ هذا الحسابِ.

قالَ أبو يُوسُفَ: ثُمَّ إنَّ أبا حَنِيفَةَ رضي الله عنه رَجَعَ في حاجبِ العَبْدِ وفي أُذُنِهِ، وقالَ: فيه حُكومةُ عَدْلٍ.

وقالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله **في «إملائِه»**: قالَ أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه: إذا قَطَعَ الرَّجلُ يَدَ العَبْدِ، أَوْ فَقَأَ عَينَه، أَوْ قَطَعَ رِجْلَه، أَوْ شَجَّه مُوضِحَةً، أو آمَّةً، أو مُنَقِّلَةً، أو نَزَعَ ثَنِيَّتَهُ، أو ضِرْسَهُ؛ نُظِرَ إلىٰ الَّذي صُنِعَ به، كَمْ أَرْشُهُ من دِيَةِ الحُرِّ، فيَغْرَمُ ذلكَ من قِيمتِه. وكذلكَ بَلَغَنَا عنْ إبراهيمَ النَّخَعِيِّ وسعيدِ بنِ المُسَيَّبِ رضي الله عنهما.

قالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: استَقْبَحَ أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه أنْ يُضْمَنَ في الأُذُنِ نِصفُ القيمةِ.

وقالَ الحسنُ عنْ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ رضي الله عنهما: إنَّه إنْ حَلَقَ أَحَدَ حَاجِبَيْهِ فلَمْ يَنْبُتْ، أَوْ نَتَفَ أَشْفَارَ عَيْنِه الأسفلَ والأعلىٰ فلَمْ يَنْبُتْ، أو قَطَعَ إحدىٰ شَفَتَيْهِ العُليا أو السُّفلىٰ؛ إنَّ عليه في كلِّ واحدٍ من ذلكَ نِصفُ القيمةِ.

وقالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله **عنْ نفسِه**: يَغْرَمُ الجاني بجِنايتِه [ما نَقَصَ بجِنايتِه][1] منَ العَبْدِ مِن قيمتِه، أُقَوِّمُهُ ولَا جِنايةَ به، وَأُقَوِّمُهُ مَجْنِيًّا عليه، وَأُغَرِّمُ الجانِيَ فَضْلَ ما بينَ [٢٠٧/٨ظ/م] القِيمتَيْنِ.

قالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: وهوَ قولُ زُفَرَ وأبي يُوسُفَ رحمهما الله وقولُنا.

وقالَ مُحَمَّدٌ: وجميعُ هذه الجناياتِ في مالِ الجاني خطأً كانَتْ أَوْ عَمْدًا؛ ما لَمْ تبْلُغِ النَّفسَ، فإذا بَلَغَتِ النَّفسَ وكانَتِ الجنايةُ خطأً؛ كانَتِ القِيمةُ علىٰ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

. . . .

غاية البيان

العاقِلَةِ»[١]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وجملةُ هذا: ما ذكَرَه الشيخُ أبو الحسينِ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في «**شرحِه**»: «أنَّ الجِناياتِ في العَبيدِ تَتَقَدَّرُ فيما دونَ النَّفسِ عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يُوسُفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

وقالَ مُحَمَّدٌ: لَا تَتَقَدَّرُ، ورُوِيَ عن أبي يُوسُفَ مثلُه، وهوَ قولُ مالكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنَّ القيمةَ في العَبيدِ مثلُ الدِّيَةِ في الأَحْرارِ، فإذا كانَتِ الجِنايةُ فيما دونَ النَّفسِ؛ يَجُوزُ أنْ يتَقَدَّرَ في دِيَةِ الحُرِّ، جَازَ أن يتَقَدَّرَ مِنْ قِيمةِ العَبْدِ، ولأنَّ الجِنايةَ عليه في النَّفسِ يَدْخُلُها التَّقديرُ، ألَا تَرىٰ أنَّها لَا يُبْلَغُ بها الدِّيَةُ، فجازَ أنْ يَكُونَ ما دونَ النَّفسِ يَدْخُلُه التَّقديرُ كَالحُرِّ.

وجهُ قولِ مُحَمَّدٍ: أنَّ ما دونَ النَّفسِ مِنَ العَبْدِ ضمانُه ضمانُ الأموالِ، بدلالةِ أنَّه لَا يَتَعَلَّقُ به قَوَدٌ ولَا كفَّارةٌ، ولَا يَتَحَمَّلُه العاقِلَةُ، وضمانُ الأموالِ يَجِبُ فيه النُّقصانُ.

وإذا ثَبَتَ هذا: فروَىٰ الحَسَنُ عنْ أبي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنَّ الجِنايةَ علىٰ العَبْدِ مُقَدَّرَةٌ فيما يُقْصَدُ به المَنفعةُ، وما قُصِدَ به الزِّينةُ مثلُ الحاجبِ والشَّعرِ والأُذُنِ؛ وذلكَ لأنَّ التَّقديرَ لمَّا دخلَ في الجِنايةِ استوىٰ [٣/٤٥٧و] ما يُقْصَدُ به المَنفعةُ، وما يُقْصَدُ به الزِّينةُ كَالحُرِّ.

وقدْ رَوَىٰ أبو يُوسفَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أنَّ ما يُقْصَدُ به المَنفعةُ يَتَقَدَّرُ، وما يُقْصَدُ به الزِّينةُ لَا يَتَقَدَّرُ، وهوَ قولهُ الآخرُ؛ لأنَّ الزِّينةَ ليسَتْ بمَعنًىٰ مقصودٍ منَ العَبْدِ، وهيَ مقصودةٌ منَ الأحرارِ، فأمَّا المَنفعةُ فمقصودةٌ منهما، فلذلكَ تَقَدَّرَتْ؛ لأنَّ ما دونَ النَّفسِ مِنَ العَبيدِ أُجْرِيَ مُجْرَىٰ الأموالِ؛ بدلالةِ أنَّه لَا يَجِبُ فيه قِصاصٌ، ولَا يَتَحَمَّلُه العاقِلَةُ، وهوَ في نَفْسِه جِنايةٌ، ولوْ تقدَّرَتْ بكلِّ حالٍ لَلَحِقَ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٢٧/ داماد].

. . . .

غاية البيان

بالجنايةِ مِن كلِّ وَجْهٍ، ولوْ لَمْ يَتَقَدَّرْ لَلَحِقَ بضمانِ الأموالِ مِنْ كلِّ وَجْهٍ، فَقَدَّرُوا منه ما يُقْصَدُ [به][1] المَنفعةُ، ولَمْ يُقَدِّرُوا ما يُقْصَدُ به الزِّينةُ؛ لِيُعْطَىٰ الشَّبَهُ منَ الجِهتَيْنِ.

فأمَّا قولُه: إنَّ الجِنايةَ علىٰ العَبْد فيما دونَ النَّفسِ، لَا يتحَمَّلُها العاقِلَةُ؛ لأنَّ ضمانَه أُجرِيَ مَجْرىٰ ضمانِ الأموالِ، بدلالةِ أنَّه لَا يَلْزَمُ فيه قِصاصٌ بحالٍ، وضمانُ المالِ لَا يَتَحَمَّلُه العاقِلَةُ، فأمَّا إذا قُتِلَ العَبْدُ خطأً فقيمتُه علىٰ العاقِلَةِ عِندَ أبي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ رضي الله عنهما.

ورُوِيَ عنْ أبي يُوسُفَ رضي الله عنه **أنَّه قالَ:** في مالِ القاتلِ. ورُوِيَ أنَّ مِقدارَ الدِّيَةِ علىٰ العاقِلَةِ، وما زادَ علىٰ ذلكَ في مالِ القاتلِ.

وجهُ قولِهما: أنَّ ضمانَ النَّفسِ في العَبْدِ ضمانُ جنايةٍ؛ بدلالةِ وجوبِ القِصاصِ فيها إذا كانَتْ عَمْدًا، ووجوبِ الكفارةِ فيه، فصارتْ كالجِنايةِ علىٰ الحُرِّ.

وجهُ قولِ أبي يُوسُفَ رحمه الله: ما رُوِيَ عن عُمَرَ رضي الله عنه أنَّه قالَ: «لَا تَعْقِلُ [٨/٢٠٨و/م] العَاقِلَةُ عَمْدًا، ولَا عَبْدًا، ولَا صُلْحًا، ولَا اعْتِرَافًا»[2]، ولأنَّ العَاقِلَةَ لَا تَتَحَمَّلُ ما دونَ النَّفسِ فيه، فكذلكَ النَّفسُ كالبَهائمِ، وعكسُه الأحرارُ.

والجوابُ: أمَّا الخبَرُ: فمعناه لَا تَتَحَمَّلُ العاقِلَةُ ما جَنَاهُ العَبْدُ؛ لأنَّ المَولىٰ أَقربُ إليه منهم، وأمَّا قياسُه علىٰ ما دونَ النَّفسِ: فليسَ بصحيحٍ؛ لأنَّه لَا يَتَعَلَّقُ به أحكامُ الجناياتِ مِنَ القِصاصِ والكفَّارةِ، فلَمْ يَتَعَلَّقْ به حُكْمُ التَّحمُّلِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من: «فا٢»، و«م».

(٢) أخرجه: الدارقطني في «سننه» [١٧٧/٣]، والبيهقي [١٠٤/٨]، من طريق عامر الشَّعْبِيّ عن عُمَر رضي الله عنه قال: «الْعَمْدُ وَالْعَبْدُ وَالصُّلْحُ وَالاِعْتِرَافُ لَا يَعْقِلُهُ الْعَاقِلَةُ».

قال البيهقي: «كذا قال عن عامر عن عمر، وهو عن عمر منقطع، والمحفوظ عن عامر الشعبي من قوله». وضعفه ابن الملقن في «البدر المنير» [٤٧٦/٨].

فِي الْحُرِّ إذْ هُوَ بَدَلُ الدَّمِ عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ، وَإِنْ غَصَبَ أَمَةً قِيمَتُهَا عِشْرُونَ أَلْفًا، فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ؛ فَعَلَيْهِ تَمَامُ قِيمَتِهَا؛ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ ضَمَانَ الْغَصْبِ ضَمَانُ الْمَالِيَّةِ.

غاية البيان

وجهُ الرِّوايةِ الأُخرىٰ عنْ أبي يُوسُفَ: أنَّ مِقدارَ الدِّيَةِ منه ضمانُه ضمانُ الجِنايةِ، فيَتَحَمَّلُها العاقِلَةُ، وما زادَ علىٰ الدِّيَةِ فوجوبُه مِن حيثُ ضمانُ المالِ، فلَمْ يَتَحَمَّلْه العاقِلَةُ.

ورَوَىٰ الحسنُ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّه فرَّقَ بينَ ما يُوجِبُ الدِّيَةَ، وما يُوجِبُ أقلَّ منَ الدِّيَةِ، فيما يُقْصَدُ به الزِّينَةُ مِنَ العَبْدِ، وقالَ في أحدِ حاجِبَيْه: نِصفُ القيمةِ، وفي الأَنفِ ما نَقَصَ، ولَا يُبْلَغُ به دِيَةُ حُرٍّ، وذلكَ لأنَّ الجِنايةَ علىٰ العَبْدِ جِنايةٌ علىٰ مالٍ، فلَا يَجِبُ جميعُ قيمتِه بنُقصانِه، كما لَا يَجِبُ في البهائمِ.

وقدْ قالَ الحسنُ رحمه الله **في روايتِه:** إذا قَطَعَ ذَكَرَهُ، أو أُنْثَيَيْهِ، أو أصابعَ يَدَيْهِ، أو أصابعَ رِجْلَيْهِ؛ ففيه ما نقصَهُ، وهذا يَقْتَضِي أنْ يَكُونَ ما يُقْصَدُ به المَنفعةُ، وما يُقْصَدُ به الزِّينةُ إذا بلَغَ جميعَ القيمةِ، وَجَبَ فيه ما نقصَ؛ لأنَّه مالٌ، فلَا يَجِبُ بنُقصانِه جميعُ قيمتِه.

والمشهورُ منَ الرِّوايةِ في يَدَيِ العَبْدِ وعَيْنَيْهِ: جميعُ قيمتِه، ويُخَيَّرُ المَولىٰ بينَ إمساكِه منْ غيرِ شيءٍ، أوْ تَسْليمِه [٣/٤٥٧ظ] إلىٰ الجاني، ويأخذُ القيمةَ، حتَّىٰ لَا يَجْتَمِعَ علىٰ مِلْكِه البَدَلُ والمُبْدَّلُ، وسَيَجِيءُ بيانُها في آخرِ هذا الفَصلِ إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ». كذا ذكَر الْقُدُورِيُّ في «**شرحِ مختصرِ الْكَرْخِيِّ**».

قولُه: (**بَدَلُ الدَّمِ عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ**)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (**وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ** رضي الله عنهما**: قَوْله تَعَالَىٰ: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ﴾. أَوْجَبَهَا مُطْلَقًا، وَهِيَ اسْمٌ لِلْوَاجِبِ بِمُقَابَلَةِ الْآدَمِيَّةِ...**). إلىٰ آخرِ ما قالَ.

قولُه: (**وَإِنْ غَصَبَ أَمَةً قِيمَتُهَا عِشْرُونَ أَلْفًا، فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ؛ فَعَلَيْهِ تَمَامُ قِيمَتِهَا**)،

قَالَ: وَمَنْ قَطعَ يَدَ عَبْدٍ، فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَىٰ، ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ الْمَوْلَىٰ؛ فَلَا قِصَاصَ فِيهِ، وَإِلَّا اقْتُصَّ مِنْهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا قِصَاصَ فِي ذَلِكَ، وَعَلَىٰ الْقَاطِعِ أَرْشُ الْيَدِ، وَمَا نَقَصَهُ ذَلِكَ إِلَىٰ أَنْ أَعْتَقَهُ، وَيَبْطُلُ الْفَضْلُ.

غاية البيان

وهذه منْ مسائلِ «**الجامع الصَّغيرِ**»(١)، وذلكَ لأنَّ الغَصْبَ يَرِدُ عليه مِنْ حيثُ إنَّه مالٌ، لَا مِنْ حيثُ إنَّه آدميٌّ، فيُعتَبرُ الماليَّةُ بالغًا قيمتُها ما بلغَتْ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ، فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَىٰ، ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ الْمَوْلَىٰ؛ فَلَا قِصَاصَ فِيهِ، وَإِلَّا اقْتُصَّ مِنْهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رضي الله عنهما، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رضي الله عنه: لَا قِصَاصَ فِي ذَلِكَ، وَعَلَىٰ الْقَاطِعِ أَرْشُ الْيَدِ، وَمَا نَقَصَهُ ذَلِكَ إِلَىٰ أَنْ أَعْتَقَهُ، وَيَبْطُلُ الْفَضْلُ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في رَجُلٍ له عَبْدٌ، فَقَطَعَ رَجلٌ يَدَ العَبْدِ عَمْدًا، ثُمَّ أعتَقه مولاهُ، فماتَ العَبْدُ منها، قالَ: إنْ كانَ للعَبْدِ وَرَثَةٌ؛ فلَا قِصاصَ علىٰ القاتلِ، وإنْ كانَ لَا وارثَ له غيرُ المَولىٰ؛ فلِلْمَولَىٰ أنْ يَقتلَ قاتِلَه، وهوَ قولُ أبي يُوسُفَ أيضًا. وقالَ مُحَمَّدٌ: لَا أرىٰ عليه [٨/٢٠٨ظ/م] قِصاصًا علىٰ حالٍ، وعلىٰ القاتلِ أَرْشُ اليَدِ، وما نَقَصَهُ ذلكَ إلىٰ أنْ أَعْتَقَهُ، وَيَبْطُلُ الفَضْلُ»(٢). إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

وذلكَ لأنَّه إذا كانَ له وارثٌ آخرُ لَا يَجِبُ القِصاصُ بالاتِّفاقِ، ويَجِبُ علىٰ القاطعِ أَرْشُ اليَدِ، وهوَ نِصفُ القيمةِ دِيَةُ اليَدِ للمَولىٰ لاشتباهِ المُستَوْفَىٰ؛ لأنَّا إذا نَظَرْنا إلىٰ حالةِ القَطْعِ؛ فالوَلِيُّ هوَ المَولىٰ؛ لأنَّ الجِنايةَ حصلَتْ علىٰ مِلْكِه، وإنْ نَظَرْنا إلىٰ حالةِ المَوتِ فالوَلِيُّ هوَ الوارثُ الآخرُ لَا المَولىٰ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٠].
(٢) ينظر: المصدر السابق [ص/٥٠٦].

. . . .

ومع جَهالةِ المُستوفَى لَا يُمْكِنُ استيفاءُ القِصاصِ، فيَجِبُ على القاطعِ أَرْشُ اليَدِ للمَولى؛ لأنَّ الجِنايةَ حَصلَتْ في مِلْكِه، واليَدُ منَ الآدميِّ نِصْفُهُ، ويَضْمَنُ النُّقصانُ الَّذي حَصَلَ بعدَ القَطْعِ إلى يومِ العِتقِ؛ لأنَّه نُقصانٌ حصلَ عنْ جنايةٍ مَضمونةٍ، ويسْقُطُ الفضلُ بالإعتاقِ؛ لأنَّه لَمَّا أَعتقَه فقدْ أخرجَه عنْ مِلْكِه، فيَبْطُلُ حُكْمُ السِّرايةِ، كَمَنْ قَطَع يَدَ عَبْدِ إنسان، ثُمَّ باعَه المَولى منْ إنسانٍ آخرَ، ثُمَّ سَرَى إلى النَّفسِ ثُمَّ ماتَ؛ فإنَّه يَجِبُ على القاطعِ أَرْشُ اليَدِ، وتبْطُل السِّرايةُ، فكذا هنا.

وَأَوْرَدَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ ﵀ في «**شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ**» سؤالًا وجوابًا فقالَ:

«**فإنْ قِيلَ**: إذا اجتمعَ المَولى والوارثُ، فَلِمَ لَا يَجِبُ القِصاصُ، كما يَجِبُ في العَبْدِ المُوصى بِرَقَبَتِه لرجلٍ وبِخِدْمَتِه لآخرَ قَتَلَهُ رَجُلٌ، فاجتمعَ صاحبُ الرَّقبةِ، وصاحبُ الخِدمةِ؛ فإنَّه يَجِبُ القِصاصُ فيه.

قِيلَ له: هذه لَا تُشْبِهُ ذلكَ؛ لأنَّ في تلكَ المسألةِ لصاحبِ الرَّقبةِ مِلْكًا، ولصاحبِ الخِدمةِ حَقًّا يُشْبِهُ المِلْكَ، فصارَ بِمنزلةِ عَبْدٍ بيْنَ شريكيْنِ، وأمَّا [٣/٤٥٨و] هاهنا: وَقْتُ الجِنايةِ لَمْ يَكُنْ للوارثِ فيه حَقٌّ، ووَقْتُ الموتِ لم يَكُنْ للمَولى فيه حَقٌّ ثابتٌ، فاشتبَه المُسْتحقُّ في ذلكَ، فلَا يَقْضِي القاضي بالمَجهولِ.

فأمَّا الكلامُ في الفصلِ الثَّاني: وهوَ ما إذا لَمْ يَكُنْ للعَبْدِ وارثٌ آخرُ سِوى المَولى؛ فإنَّه يُقْتَصُّ عندَهما، ولَا يُقْتَصُّ عِندَ مُحَمَّدٍ ﵀، والجوابُ فيه عندَ مُحَمَّدٍ كالجوابِ في المسألةِ الأُولى.

وجهُ قولِه: أنَّ السَّببَ مختلفٌ؛ لأنَّا إنِ اعتبَرْنا حالةَ القطعِ؛ فالسَّببُ هوَ المِلْكُ، وإنِ اعتبرْنا حالةَ الموتِ؛ فالسَّببُ هوَ الولاءُ، واختلافُ السَّبب بمنزلةِ اختلافِ المُسْتَحَقِّ، ولوِ اختلفَ المُسْتَحَقُّ لَا يُستوفَى القِصاصُ، فكذا هنا.

ولأبي حَنِيفَةَ وأبي يُوسُفَ رحمهما الله: أنَّا تَيَقَّنَّا بولايةِ الاستيفاءِ للمَولىٰ؛ لأنَّا إنِ اعتبرْنا حالةَ الجِنايةِ فالوَلِيُّ هوَ المَولىٰ، وإنِ اعتبرْنا حالةَ الموتِ فالوَلِيُّ هوَ المَولىٰ أيضًا بحُكْمِ الولاءِ، فكانَ المُستوفَىٰ معلومًا، واختلافُ السَّببِ لَا يُفْضِي إلىٰ المنازعةِ، فلَا يَمْنعُ الاستيفاءَ [٢٠٩/٨و/م]، بخلافِ جهالةِ المُسْتوفي.

وهذا إذا كانَ القطعُ عَمْدًا، فإن كانَ خطأً فجوابُهما كجوابِ مُحَمَّدٍ رحمه الله؛ لأنَّ الإعتاقَ يقْطَعُ حُكْمَ السِّرايةِ إذا كانَ القتلُ خطأً؛ لِتَبَدُّلِ المُسْتَحِقِّ؛ لأنَّ عندَ وجودِ الجنايةِ المُسْتحِقَّ هوَ المَولىٰ، وعندَ السِّرايةِ المُستحِقُّ هوَ العَبْدُ، وتَبَدُّلُ المُستحِقِّ يَقْطعُ السِّرايةَ كما لو باعَ.

بخلافِ ما إذا كانَ القَتلُ عَمدًا؛ لأنَّ ثَمَّةَ المُسْتحِقَّ في الحَالَيْنِ واحدٌ، وهوَ العَبْدُ؛ لأنَّ القِصاصَ إنَّما يَجِبُ من حيثُ إنَّه آدميٌّ [والعَبْدُ مِنْ حيثُ إنَّه آدمِيٌّ][1] مُبَقًّىٰ علىٰ أصلِ الحُرِّيَّةِ، والمَولىٰ إنَّما يَسْتَوْفِي بطريقِ الخلافةِ عنِ العبدِ، فإذا لَمْ يَكُنْ له وارثٌ آخرُ سوىٰ المولىٰ؛ كانَ المَولىٰ مُعَيَّنًا للاستيفاءِ بطريقِ الخلافةِ».

وعلىٰ هذا مسألةٌ أُخرىٰ: ذكَرها في «الجامعِ الصَّغيرِ»[2]: مُكاتَبٌ قُتِلَ عَمْدًا، وَتَرَكَ وَفَاءً بِبَدَلِ الكتابةِ، فإن كانَ له ورثةٌ أُخرىٰ سوىٰ المَولىٰ، لَا قِصاصَ علىٰ القاتلِ بالإجماعِ، ويَجِبُ علىٰ القاتلِ قيمةُ المُكَاتَبِ؛ لجهالةِ المُستوفَىٰ علىٰ ما ذكَرْنا، وإنْ لَمْ يَكُنْ له وارثٌ سوىٰ المَولىٰ، وَتَرَكَ وَفَاءً؛ فَعَلَىٰ قَولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يُوسُفَ رحمهما الله: يُسْتَوفَىٰ القِصاصُ؛ لأنَّ المُسْتوفِيَ واحدٌ وهوَ المَولىٰ.

وعلىٰ قَولِ مُحَمَّدٍ رحمه الله: لَا يُسْتوفَىٰ القِصاصُ لاختلافِ السَّببِ، وإنْ قُتِلَ عاجزًا يَجِبُ القِصاصُ، ويَسْتوفيه المَولىٰ بالإجماعِ، وإن كانَ له ورثةٌ سوىٰ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٥٠٦].

وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبْ الْقِصَاصُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لِاشْتِبَاهِ مَنْ لَهُ الْحَقُّ، لِأَنَّ الْقِصَاصَ يَجِبُ عِنْدَ الْمَوْتِ مُسْتَنِدًا إِلَىٰ وَقْتِ الْجُرْحِ، [٢٧٠/ظ] وعلىٰ اعْتِبَارِ حَالَةِ الْجُرْحِ يَكُونُ الْحَقُّ لِلْمَوْلَىٰ، وَعَلَىٰ اعْتِبَارِ الْحَالَةِ الثَّانِيَةِ يَكُونُ لِلْوَرَثَةِ فَتَحَقَّقَ الِاشْتِبَاهُ وَتَعَذَّرَ الِاسْتِيفَاءُ فَلَا يَجِبُ عَلَىٰ وَجْهٍ يُسْتَوْفَىٰ.

وفيه الْكَلَامُ، وَاجْتِمَاعُهُمَا لَا يُزِيلُ الِاشْتِبَاهَ؛ لِأَنَّ الْمُلْكَيْنِ فِي الْحَالَيْنِ،

غاية البيان

المَولىٰ؛ لأنَّه لمَّا ماتَ عاجزًا صارَ قِنًّا، فكانَ ولايةُ الاستيفاءِ للمَولىٰ علىٰ كلِّ حالٍ. كذا ذَكَر فَخْرُ الدِّين قاضي خان وغيرُه.

وقالَ الإمامُ الْأَسْبِيجَابيُّ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «هذا إذا أَعْتَقَ العَبْدَ بعدَ القَطعِ، ولوْ لَمْ يُعْتِقْ، ولكنْ دَبَّرَهُ، أَوْ كانَتْ أَمَةً فاسْتَوْلَدَهَا؛ لَمْ تَنْقَطِعِ السِّرايةُ، فيَجِبُ نِصفُ القيمةِ، ويَجِبُ ما نَقَصَ بعدَ الجِنايةِ قبلَ الموتِ هذا في الخطأِ، وإنْ كانَ عَمْدًا فللمَولىٰ أنْ يَقْتَصَّ بالإجماعِ»[1].

قولُه: (وَإِلَّا اقْتُصَّ مِنْهُ)، أي: إنْ لَمْ يَكُنْ للعَبْدِ المُعْتَقِ وَرَثَةٌ غيرُ المَولىٰ؛ اقْتُصَّ مِن قاطعِ يَدِهِ بعدَ موتِ العَبْدِ.

قولُه: (فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ)، أي: فيما إذا كانَ له وَرَثَةٌ غيرُ المَولىٰ.

قولُه: (وَعَلَىٰ اعْتِبَارِ الْحَالَةِ الثَّانِيَةِ)، وهيَ حالةُ الموتِ.

قولُه: (وفيه الْكَلَامُ)، أي: كلامُنا [٣/٤٥٨ظ] في تحقُّقِ اشتباهِ مَن له حَقُّ القِصاصِ، يَعْنِي: إنْ تَعَذَّرَ استيفاءُ القِصاصِ لِتَحقُّقِ اشتباهِ مَن له الاستيفاءُ، وقدْ تحقَّقَ الاشتباهُ فيما نحنُ فيه، فيَتَعَذَّرُ الاستيفاءُ.

قولُه: (وَاجْتِمَاعُهُمَا لَا يُزِيلُ الِاشْتِبَاهَ)، أي: اجتماعُ المَولىٰ والورثةِ لَا يُزِيلُ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٣٦٨].

بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمُوصَىٰ بِخِدْمَتِهِ لِرَجُلٍ وَبِرَقَبَتِهِ لِآخَرَ إِذَا قُتِلَ، لِأَنَّ مَا لِكُلٍّ مِنْهُمَا مِنَ الْحَقِّ ثَابِتٌ مِنْ وَقْتِ الْجُرْحِ إِلَىٰ وَقْتِ الْمَوْتِ، فَإِذَا اجْتَمَعَا زَالَ الِاشْتِبَاهُ.

وَلِمُحَمَّدٍ **فِي الْخِلَافِيَّةِ** وَهُوَ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ وَرَثَةٌ سِوَى الْمَوْلَىٰ أَنَّ سَبَبَ الْوِلَايَةِ قَدْ اخْتَلَفَ؛ **لأنه الْمِلْكُ** على اعتبار **إِحْدَى الْحَالَتَيْنِ** والوراثة بالولاء **عَلَىٰ اعْتِبَارِ الْأُخْرَىٰ**، فَنُزِّلَ مَنْزِلَةَ اخْتِلَافِ الْمُسْتَحَقِّ **فِيمَا يُحْتَاطُ فِيه** كَمَا إِذَا قَالَ لِآخَرَ بِعْتَنِي هَذِهِ الْجَارِيَةَ بِكَذَا فَقَالَ الْمَوْلَىٰ زَوَّجْتهَا مِنْك لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا وَلِأَنَّ الْإِعْتَاقَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ، وَبِانْقِطَاعِهَا يَبْقَىٰ الْجُرْحُ بِلَا سِرَايَةٍ، وَالسِّرَايَةُ بِلَا قَطْعٍ فَيَمْتَنِعُ الْقِصَاصُ.

غاية البيان

ذلكَ الاشتباهَ؛ لأنَّ مِلْكَ المَولىٰ للقِصاصِ بالنَّظرِ إلىٰ [٢٠٩/٨ظ/م] حالِ الجَرحِ، ومِلْكُ الوَرَثةِ بالنَّظرِ إلىٰ حالِ الموتِ، وعندَ الاجتماعِ لَا يَحْصُلُ لكلٍّ واحدٍ منهما المِلْكُ في الحالَيْنِ، فلَا يُفِيدُ الاجتماعُ، وهذا معنىٰ قولِه: (**لِأَنَّ الْمِلْكَيْنِ فِي الْحَالَيْنِ**).

قولُه: (**فِي الْخِلَافِيَّةِ**)، أي: في المسألةِ المُخْتلفِ فيها، وهيَ ما إذا لَمْ يَكُنْ للعَبْدِ المُعْتَقِ وَرَثَةٌ سوىٰ المَولىٰ[1].

قولُه: (**لِأَنَّهُ الْمِلْكُ**)، أي: لأنَّ سَبَبَ الولايةِ المِلكُ.

قولُه: (**إِحْدَىٰ الْحَالَتَيْنِ**)، أرادَ بها حالةَ الجَرْحِ.

قولُه: (**عَلَىٰ اعْتِبَارِ الْأُخْرَىٰ**)، أي: الحالةِ الأُخرىٰ، وأرادَ بها: حالةَ الموتِ.

قولُه: (**فِيمَا يُحْتَاطُ فِيهِ**)، أي: في الأمرِ الَّذي لَا يَثْبتُ بالشُّبُهاتِ. يَعْنِي: القِصاصَ، واحتُرِزَ به عَمَّن قالَ لآخرِ: لَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ قَرْضٍ، فقالَ المُقَرُّ له: لَا، بَلْ مِنْ ثَمَنِ [بَيْعٍ][2]، فإنَّه يُقْضَىٰ بالمالِ وإنِ اختلفَ السَّببُ؛ لأنَّ المالَ يَقَعُ

(١) في «الأصل»: «الولي». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

(٢) في «الأصل»: «مبيع». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

وَلَهُمَا أَنَّا تَيَقَّنَّا بِثُبُوتِ الْوِلَايَةِ لِلْمَوْلَىٰ فَيَسْتَوْفِيهَا وهذا لِأَنَّ الْمَقْضِيَّ لَهُ مَعْلُومٌ وَالْحُكْمُ مُتَّحِدٌ فوجب القول بالاستيفاء، بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ، لأن المقضي له مجهول، وَلَا يُعْتَبَرُ بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ هُنَا؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ لَا يَخْتَلِفُ، بِخِلَافِ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ؛ ....

فيه البَذْلُ والإباحةُ، فلَا يُبالَىٰ باختلافِ السَّببِ.

قولُه: (لِأَنَّ الْمَقْضِيَّ لَهُ مَعْلُومٌ)، وهوَ المَولىٰ؛ لأنَّه لَا وارِثَ للعَبْدِ غيرُه.

قولُه: (وَالْحُكْمُ مُتَّحِدٌ)، وهوَ القِصاصُ؛ لأنَّه مُوجَبُ العَمْدِ، فوَجَبَ القولُ باستيفاءِ القِصاصِ للمَولىٰ لعدمِ الاشتباهِ.

قولُه: (بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ)، أي: بخلافِ ما إذا كانَ له وَرَثَةٌ غيرُ المَولىٰ، حيثُ لَا يَجِبُ القِصاصُ؛ لأنَّ المَقْضِيَّ له بالقِصاصِ مجهولٌ؛ لأنَّ المَولىٰ في حالٍ والورثةُ في حالٍ، كما مرَّ بيانُه.

قولُه: (وَلَا يُعْتَبَرُ بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ هُنَا)، أي: فيما إذا لَمْ يَكُنْ له ورثةٌ غيرُ المَولىٰ، لَا يُعْتَبَرُ باختلافِ سببِ ولايةِ استيفاءِ القِصاصِ مِن المِلْكِ والوَلاءِ؛ لأنَّ المقصودَ ـ وهو حُكْمُ القِصاصِ ـ مُتَّحِدٌ غيرُ مُخْتَلِفٍ.

قولُه: (بِخِلَافِ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ).

أرادَ بها: المسألةَ الَّتي قَاسَ عليها مُحَمَّدٌ ﷺ، وهيَ ما إذا قالَ لآخرَ: بِعْتَنِي هذه الجاريةَ بكذا، وقالَ المَولىٰ: زوَّجتُها منكَ؛ لَا يَحِلُّ له وَطْؤُها.

فأجابَ وقالَ: لَا نُسَلِّمُ أنَّ الفَرعَ مِثْلُ الأصلِ؛ لأنَّ في الأصلِ الحُكْمُ مُخْتلفٌ كالسَّببِ، وفي الفرعِ الحُكْمُ مُتَّحِدٌ والسَّببُ مُخْتَلفٌ، فلَمْ يَكُونا نَظِيرَيْنِ، فَفَسَدَ القِياسُ.

لِأَنَّ مِلْكَ الْيَمِينِ يُغَايِرُ مِلْكَ النِّكَاحِ حُكْمًا، **وَالْإِعْتَاقُ لَا يَقْطَعُ السِّرَايَةَ لِذَاتِهِ** بَلْ لِاشْتِبَاهِ مَنْ لَهُ الْحَقُّ، وَذَلِكَ فِي الْخَطَإِ دُونَ الْعَمْدِ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَصْلُحُ مَالِكًا لِلْمَالِ، فَعَلَى اعْتِبَارِ حَالَةِ الْجُرْحِ يَكُونُ الْحَقُّ لِلْمَوْلَى، وَعَلَى اعْتِبَارِ حَالَةِ الْمَوْتِ يَكُونُ لِلْمَيِّتِ لِحُرِّيَّتِهِ فَيُقْضَى مِنْهُ دُيُونُهُ وَيُنَفَّذُ وَصَايَاهُ فَجَاءَ الِاشْتِبَاهُ.

غاية البيان

بيانُه: أنَّ الحُكْمَ وهوَ حِلُّ الوَطْءِ ضروريٌّ، لَا مقصودٌ، ثَبَتَ تَبعًا لمِلْكِ اليَمينِ في صورةِ البيعِ، وفي النِّكاحِ حُكْمُ الحِلِّ ثَبَتَ مقصودًا بالنِّكاحِ، حتَّى لَمْ يُشْرعِ النِّكاحُ في موضعٍ لَا يُتَصَوَّرُ الحِلُّ، وفي مِلْكِ اليَمينِ يُشْرَعُ المِلْكُ في مَوضعٍ لَا يُتَصَوَّرُ الحِلُّ، كالمجوسيَّةِ والعَبيدِ والبَهائمِ، فلمَّا اختلَفَ الحُكْمُ كما اختلفَ السَّببُ؛ لَمْ يَحِلَّ الوَطْءُ.

قولُه: (وَالْإِعْتَاقُ لَا يَقْطَعُ السِّرَايَةَ لِذَاتِهِ).

جوابٌ عنْ قولِ مُحَمَّدٍ رحمه الله: إنَّ الإعتاقَ قَاطِعٌ للسِّرايةِ. يَعْنِي: لمَّا جُعِلَ الإعتاقُ قاطعًا للسِّرَاية؛ كانَ الإعتاقُ كالبُرْءِ، فيَبْقَى الجَرْحُ بلا سِرَايَةَ، والسِّرايةُ بلا جَرْحٍ، فلَا يَجِبُ القِصاصُ على القاطعِ، كما إذا كانَ القَطْعُ خطأً، فأجابَ عنه وقالَ:

سَلَّمْنَا [٨/٢١٠و/م] أنَّ الإعتاقَ قاطعٌ للسِّرايةِ، لكنْ لَا نُسَلِّمْ أنَّ كونَه قاطعًا لها [٣/٤٥٩و] لذاتِه، بلْ لاشتباهِ مَنْ له الحَقُّ، كما في القطعِ خطأً؛ لأنَّه يَشْتَبِهُ مَنْ له الحَقُّ إذا ماتَ العبدُ بعدَ الإعتاقِ؛ لأنَّ مَنْ له الحقُّ هوَ المَولى وَقْتَ الجَرحِ، والميِّتُ وَقْتَ المَوتِ لحُرِّيَتِه، ولهذا تُنَفَّذُ وصاياه، ويُقْضَى مِنَ الدِّيَةِ دُيونُه، فَجُعِلَ الإعتاقُ قاطعًا للسِّرايةِ للاشتباهِ.

وفي العَمْدِ ليسَ كذلكَ؛ لأنَّه لَا اشتباهَ ثَمَّةَ؛ لأنَّ مُوجَبَهُ القِصاصُ والعَبْدُ مُبَقًّى على أصْلِ الحُرِّيَةِ، ولهذا لَمْ يَكُنْ لمولاه أنْ يسْفِكَ دَمَهُ بلا حقٍّ، فوَجَبَ القِصاصُ للعَبْدِ أوَّلًا، ثُمَّ يتولَّاه مولاهُ خلافةً عنه، فارتفَعَ الاشتباهُ، فلَمْ يَكُنِ

أَمَّا الْعَمْدُ فَمُوجِبُهُ الْقِصَاصُ وَالْعَبْدُ مُبْقًى عَلَىٰ أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ فِيهِ، وَعَلَىٰ اعْتِبَارِ أَنْ يَكُونَ الْحَقُّ لَهُ فَالْمَوْلَىٰ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّاهُ إِذْ لَا وَارِثَ لَهُ سِوَاهُ فَلَا اشْتِبَاهَ فِيمَنْ لَهُ الْحَقُّ، **وَإِذَا امْتَنَعَ القِصَاصُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ فِي الْفَصْلَيْنِ** عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَجِبُ أَرْشُ الْيَدِ، وَمَا نَقَصَهُ مِنْ وَقْتِ الْجُرْحِ إِلَىٰ وَقْتِ الْإِعْتَاقِ كَمَا ذَكَرْنَا لِأَنَّهُ حَصَلَ عَلَىٰ مِلْكِهِ وَيَبْطُلُ [٢٧١/و] الْفَضْلُ، وَعِنْدَهُمَا الْجَوَابُ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ كَالْجَوَابِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ فِي الثَّانِي.

قَالَ: وَمَنْ قَالَ لِعَبْدَيْهِ: أَحَدُكُمَا حُرٌّ، ثُمَّ شُجَّا فَأَوْقَعَ الْعِتْقَ عَلَىٰ أَحَدِهِمَا؛ فَأَرْشُهُمَا لِلْمَوْلَىٰ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ غَيْرُ نَازِلٍ فِي الْمُعَيَّنِ وَالشَّجَّةُ تُصَادِفُ الْمُعَيَّنَ فَبَقِيَا

غاية البيان

الإعتاقُ قاطعًا للسِّرايةِ، فاندفعَ قولُ مُحَمَّدٍ رضي الله عنه: أنَّ السِّرَايَةَ بَقِيَتْ بلا جَرْحٍ.

قولُه: (**وَإِذَا امْتَنَعَ القِصَاصُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ فِي الْفَصْلَيْنِ**)، أي: فيما إذا كانَ له ورثةٌ غيرُ المَولىٰ، أوْ لَمْ يَكُنْ له ورثةٌ غيرُ المَولىٰ، وكذا إذا امتنَعَ القِصاصُ عندَهم جميعًا، فيما إذا كانَ له ورثةٌ غيرُ المَولىٰ، وهوَ الفصلُ الأوَّلُ، يَجِبُ أَرْشُ اليَدِ، وما نَقَصَ العَبْدُ إلىٰ وَقْتِ العِتقِ، وقدْ مَرَّ بيانُ ذلكَ.

قالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله **في «مختصرِه»**: «والمُدَبَّر، والمُدَبَّرَةُ، وأُمُّ الوَلدِ، وابنُ أُمِّ الوَلدِ بمنزلةِ العَبيدِ في القِصاصِ، فهوَ للمولىٰ أو للمَوالي إن كانُوا جماعةً، وذلكَ لأنَّهم علىٰ مِلْكِه، ألَا تَرىٰ أنَّه يُؤاجِرُهم بحقِّ المِلْكِ، ويطأُ المُدَبَّرَةَ وأمَّ الوَلدِ بحقِّ المِلْكِ، فصارُوا كالعَبيدِ القِنِّ»[١].

قولُه: (**قَالَ: وَمَنْ قَالَ لِعَبْدَيْهِ**[٢]**: أَحَدُكُمَا حُرٌّ، ثُمَّ شُجَّا فَأَوْقَعَ الْعِتْقَ عَلَىٰ أَحَدِهِمَا؛ فَأَرْشُهُمَا لِلْمَوْلَىٰ**)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٩/ داماد].

(٢) في «الأصل»: «لعبيده». والمثبت من «فا٢»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

مَمْلُوكَيْنِ فِي حَقِّ الشَّجَّةِ (وَلَوْ قَتَلَهُمَا رَجُلٌ تَجِبُ دِيَةُ حُرٍّ وَقِيمَةُ عَبْدٍ).

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ عن يَعْقُوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ قالَ لِعَبْدَيْهِ: أحدُكما حُرٌّ، ثُمَّ شَجَّ رَجُلٌ العَبدَيْنِ شَجَّةً [شَجَّةً][1] فَبَرِئَا مِنْ ذلكَ، [ثُمَّ][1]، قيلَ له: أَوْقِعِ العِتقَ علىٰ أحدِهما، فأوقَعَه علىٰ أحدِهما، قالَ: أَرْشُ الشَّجَّتَيْنِ للمَولىٰ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**». وذلكَ لأنَّ العِتقَ المُبْهَمَ ليسَ بنازلٍ في المُعيَّنِ؛ لأنَّه أُضِيفَ إلىٰ أحدِهما غيرُ عينٍ، وحينَ وقَعتِ الشَّجَّةُ بَقِيَا مملوكَيْنِ كما كانَا، فلهذا وَجَبَ أَرْشُهما للمَولىٰ لَا لورثتِهما.

قالُوا في «شروحِ الجامعِ الصَّغيرِ»: وهذا يُخَالِفُ ما إذا قتَلَهما رَجُلٌ واحدٌ؛ فإنَّه يَغْرَمُ قيمةَ عبْدٍ ودِيَةَ حُرٍّ، يَعْنِي: إذا قتَلَهما معًا[3]، ولَمْ يعْمَلْ كذلكَ في ضمانِ الشَّجَّتَيْنِ والجاني واحدٌ أيضًا.

والفرقُ بينَ قَتْلِهما وشَجِّهما: أنَّ البيانَ إنشاءٌ مِنْ وجهٍ، وإظهارٌ مِنْ وجهٍ، علىٰ ما عُرِفَ في أصولِ الفقهِ، وهوَ أنَّ أحدَهما إذا ماتَ تَعَيَّنَ الباقي للعِتقِ، ولَا يصحُّ قولُه: أردتُ الميِّتَ بالعتقِ؛ لأنَّ الإنشاءَ في الميِّتِ لَا يَصِحُّ، ولوْ لَمْ يَمُتِ العَبدانِ [٢١٠/٨ظ/م]؛ يُجْبَرُ المَولىٰ علىٰ البيانِ علىٰ معنىٰ أنَّ البيانَ إظهارٌ، وتعْيينٌ للواقعِ، ولوْ كانَ إنشاءً مِنْ كلِّ وجهٍ لَمْ يُجْبَرْ؛ لأنَّه لَا جَبْرَ في الإنشاءِ.

ثُمَّ نَقُولُ: إنَّ العبديْنِ حينئذٍ بعدَ الشَّجَّةِ يَصْلُحانِ لإنشاءِ العتقِ في حقِّهما، فجُعِلَ البيانُ إنشاءً. أي: إيقاعًا للعِتقِ ابتداءً، فكانَ العبْدانِ مملوكيْنِ حينَ وقوعِ الشَّجَّةِ قبلَ إيقاعِ العِتقِ، فكانَ [أرْشُهما لمولاهما][4] [٤٥٩/٣ظ] وبعدَ قَتْلِهما، أو

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص٥٠٧].

(٣) في «الأصل»: «وشجهما معًا». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

(٤) في «الأصل»: «أرشها لمولاها». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

وَالْفَرْقُ أَنَّ الْبَيَانَ إِنْشَاءٌ مِنْ وَجْهٍ وَإِظْهَارٌ مِنْ وَجْهٍ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، وَبَعْدَ الشَّجَّةِ بَقِيَ مَحِلًّا لِلْبَيَانِ فَاعْتُبِرَ إِنْشَاءً فِي حَقِّهِمَا، وَبَعْدَ الْمَوْتِ لَمْ يَبْقَ مَحِلًّا

غاية البيان

موتِهما؛ لَمْ يَبْقَيا مَحلًّا للإنشاءِ، فجُعِلَ البيانُ إظهارًا وتعْيينًا للواقعِ، وكانَ أحدُهما حُرًّا بيقينٍ، وإن كانَتِ الحُرِّيَّةُ غيرَ نازلةٍ في أحدِهما معيَّنًا، فكانَ قاتلُهما قاتلًا للحُرِّ منهما، فوَجَبَ عليه قيمةُ عبدٍ ودِيَةُ حُرٍّ؛ لأنَّ القتلَ يُلاقِي محلَّ العِتقِ.

فأمَّا الطَّرفُ: فليسَ بمحلٍّ للعتقِ، فإنَّما يَثْبُتُ حُكْمُ العِتقِ في الطَّرفِ تبعًا للعَينِ، فلَا يَثْبُتُ قبلَ ثُبوتِه في العينِ مِن كلِّ وجهٍ، بخلافِ ما إذا قتلَ كلَّ واحدٍ مِن العبديْنِ رَجُلٌ معًا، حيثُ يَجِبُ قيمةُ المملوكيْنِ لعدمِ التَّيقُّنِ بقتلِ الحُرِّ؛ لأنَّه يُنْكِرُ كلُّ واحدٍ منهما أنَّه قتَلَ الحُرَّ.

قالَ أبو الحسنِ الْكَرْخِيُّ رحمه الله **في كتابِ العتاقِ من «مختصره»**: «وإذا قالَ الرَّجلُ لِأَمَتَيْهِ: إحداكما حُرَّةٌ، ولَا ينْوِي واحدةً بعَيْنِها، فقتَلَهما رَجُلٌ جميعًا معًا؛ فعلىٰ القاتلِ نصفُ قيمةِ كلِّ واحدةٍ منهما للمَولىٰ، وعليه نصفُ دِيةِ هذه، ونصفُ دِيةِ هذه لورثتِهما؛ لأنَّا نَعْلَمُ أنَّه قدْ قتلَ حُرَّةً وأَمَةً، وأنَّ عليه دِيةَ وقيمةً.

ولوْ قتَلَهما رَجُلانِ جميعًا معًا؛ كانَ علىٰ كلِّ واحدٍ منهما قيمةُ الأَمَةِ الَّتي قتلَ، فيَكُونُ نصفُ قيمتِها للمَولىٰ، وما بَقِيَ من قيمةِ كلِّ واحدةٍ منهما لورثتِهما، فإنْ قَتَلَهما رَجُلانِ، أوْ رَجُلٌ واحدٌ، إحداهما قبلَ صاحبتِها؛ ففي الأولىٰ: القيمةُ للمَولىٰ، وفي الثَّانيةِ: الدِّيَةُ للورثةِ، وهذا كلُّه في قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه وأبي يُوسُفَ ومُحَمَّدٍ رضي الله عنهما أيضًا، وفي روايةِ مُحَمَّدٍ في «إملائه»..»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله.

وقالَ الشَّيخ أبو الحسينِ الْقُدُورِيُّ رحمه الله: «الأصلُ في ذلكَ: أنَّ القاتلَ لَا يَخْلُو: إمَّا أنْ يَكُونَ واحدًا أو اثنيْنِ، وكلُّ واحدٍ منهما علىٰ فصلَيْنِ: إمَّا أنْ يَكُونَ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/١٨٧/ داماد].

لِلْبَيَانِ فَاعْتَبَرْنَاهُ إِظْهَارًا مَحْضًا، وَأَحَدُهُمَا حُرٌّ بِيَقِينٍ فَتَجِبُ قِيمَةُ عَبْدٍ وَدِيَةُ حُرٍّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَتَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَجُلٌ حَيْثُ قِيمَةُ الْمَمْلُوكِينَ، لِأَنَّا لَمْ نَتَيَقَّنْ

غاية البيان

قتَلهما معًا، أو إحداهما بعدَ الأخرىٰ، فإنْ كانَ القاتلُ واحدًا، وقتَلهما معًا؛ فقدْ عَلِمْنا أنَّه قتلَ حُرَّةً وأَمَةً، والواجبُ بقَتْلِ الحُرَّةِ: الدِّيةُ، وبقَتْلِ الأَمَةِ: القيمةُ؛ فالقيمةُ للمَولىٰ، والدِّيةُ للورثةِ، وكلُّ واحدةٍ منهما تَجِبُ دِيتُها في حالٍ، وقيمتُها في حالٍ، فيُقْسَمُ ذلكَ علىٰ أصْلِنا باعتبارِ الأحوالِ.

وأمَّا إذا قتلَ إحداهما قبلَ صاحبتِها؛ فقدْ تعيَّنَتِ الحُرِّيَّةُ في الثَّانيةِ بقَتْلِ الأُولىٰ، فكانَتْ علىٰ القاتلِ قيمةُ الأُولىٰ للمَولىٰ، ودِيةُ الثَّانيةِ للورثةِ، وأمَّا إذا قتلَ كلَّ واحدٍ منهما رَجُلٌ، وكانَ القتلُ معًا؛ فعلىٰ كلِّ واحدٍ مِنَ القاتلَيْنِ القيمةُ، نصْفُها للورثةِ، ونصفُها للمولىٰ؛ لأنَّا لَا نَعْلَمُ مَنْ يَجِبُ عليه الدِّيَةُ [٨/٢١١و/م] منهما، فسَقَطَ إيجابُها لجهالةِ المستَحقِّ عليه، فبَقِيَتِ القيمةُ المُتيقَّنةُ، وليسَ كذلكَ إذا كانَ القاتلُ واحدًا؛ لأنَّ المُسْتَحقَّ عليه معلومٌ، وإنَّما جُهِلَ المُسْتَحقُّ، وفي مسألتِنا المُسْتحقُّ عليه مجهولٌ، فلَمْ يَثْبُتْ عليه الاستحقاقُ بالشَّكِّ.

وإنَّما انقسمَتِ القيمتانِ؛ لأنَّ المَولىٰ مُسْتحقٌّ لِبَدَلِ الأُخرىٰ، وكلُّ واحدٍ منهما يسْتَحقُّ في حالٍ، ولَا يسْتَحقُّ في حالٍ.

وأمَّا إذا كانَ القتلُ متفرِّقًا: يَغْرَم القاتلُ الأوَّلُ قيمةَ [٣/٤٦٠و] المقتولِ للمَولىٰ، وقدْ تعيَّنتِ الحُرِّيَّةُ في الثَّانيةِ؛ فعلىٰ قاتلِها[1] الديةُ لورثتِها. كذا ذَكَر **الْقُدُورِيُّ** رحمه الله **في «شرحِه»**.

وقالَ الحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمه الله **في «الكافي»:** «وإنْ لَمْ يَجْنِ عليهما أحدٌ، ولكنِ المَولىٰ ماتَ قبلَ الاختيارِ؛ عَتَقَ نصفُ كلِّ واحدةٍ منهما، وَسَعَتْ في نصفِ

(١) في «الأصل»، و«ر»: «عاقلتها». والمثبت من «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ».

بِقَتْلِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُرًّا وَكُلٌّ مِنْهُمَا يُنْكِرُ ذَلِكَ، **وَلِأَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَىٰ ثُبُوتَ الْعِتْقِ فِي الْمَجْهُولِ**؛ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ فَائِدَةً، وَإِنَّمَا صَحَّحْنَاهُ ضَرُورَةَ صِحَّةِ التَّصَرُّفِ وَأَثْبَتْنَا لَهُ وِلَايَةَ النَّقْلِ مِنَ الْمَجْهُولِ إِلَىٰ الْمَعْلُومِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الضَّرُورَةِ وَهِيَ فِي النَّفْسِ دُونَ الْأَطْرَافِ فَبَقِيَ مَمْلُوكًا فِي حَقِّهَا.

غاية البيان

قيمتِها»[1]، وذلكَ لأنَّه لمَّا فاتَ البيانُ بموتِ المولىٰ؛ شاعَ العِتقُ الواحدُ فيهما جميعًا؛ لأنَّه ليسَ أحدُهما بأَولىٰ منَ الآخرِ، فلمَّا عَتَقَ نصفُ كلِّ واحدةٍ منهما؛ وَجَبَ إخراجُ النِّصفِ الباقي إلىٰ الحُرِّيَّةِ بالسِّعايةِ، فإنِ اختارَ المولىٰ إيقاعَه عندَ الموتِ علىٰ إحداهما؛ عتقَتْ». يعني: عَتَقَ كلُّها مِن جميعِ المالِ؛ لأنَّ البيانَ مُسْتحِقٌّ عليه، فيَصِحُّ مِن جميعِ المالِ.

قولُه: (وَلِأَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَىٰ ثُبُوتَ الْعِتْقِ فِي الْمَجْهُولِ)، عَطْفٌ علىٰ قولِه: (أَنَّ الْبَيَانَ إِنْشَاءٌ مِنْ وَجْهٍ)، يُرِيدُ الفرقَ ثانيًا بينَ الشَّجَّةِ والقتلِ.

يَعْنِي: أنَّ القياسَ يَأْبَىٰ وقوعَ العتقِ أصلًا في المُنْكِرِ؛ لعدمِ فائدةِ العتقِ فيه، وهيَ أهليَّةُ الولايةِ منَ القضاءِ والشَّهاداتِ، ولكنْ صُحِّحَ العتقُ نازلًا في أحدِهما غيرِ عينٍ ضرورةَ صحَّةِ تصرُّفِ المُعتِقِ، لئلَّا يلْغُوَ كلامُه الَّذي به امتازَ عنْ سائرِ الحيواناتِ، وأُثبتَ له ولايةُ النَّقلِ منَ المجهولِ إلىٰ المعلومِ بطريقِ البيانِ تعْيينًا للواقعِ، بأنْ يَظْهَرَ ذلكَ العتقُ المُبْهمُ في أحدِهما في واحدٍ منهما بعَيْنِه.

فلمَّا كانَ ثبوتُ العِتقِ في المُنْكِرِ ثابتًا بالضَّرورةِ؛ تَقَدَّرَ بِقَدْرِ الضَّرورةِ علىٰ ما هوَ الأصلُ في الثَّابتِ بالضَّرورةِ، ثُمَّ الضَّرورةُ تَتَحَقَّقُ في حقِّ النَّفسِ، لَا في حقِّ الطَّرَفِ؛ لأنَّ محلَّ العِتقِ هوَ النَّفسُ لَا الطَّرفُ، وإنَّما يَثْبُتُ العِتقُ في الطَّرفِ تَبعًا للنَّفسِ لَا مقصودًا، فَبَقِيَ العَبدُ مملوكًا في حقِّ الطَّرَفِ الَّذي وقعَ عليه الشَّجَّةُ

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٨٩].

قَالَ: وَمَنْ فَقَأَ عَيْنَيْ عَبْدٍ، فَإِنْ شَاءَ الْمَوْلَىٰ دَفَعَ عَبْدَهُ، وَأَخَذَ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ وَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ النُّقْصَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ الْعَبْدَ وَأَخَذ مَا نَقَصَهُ، وَإِنْ شَاءَ دَفَعَ الْعَبْدَ وَأَخَذَ قِيمَتَهُ.

غاية البيان

علىٰ أصْلِ القياسِ، فكانَ أرْشُهما للمَولىٰ، فَافْهَمْ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ فَقَأَ عَيْنَيْ عَبْدٍ، فَإِنْ شَاءَ الْمَوْلَىٰ دفَعَ عَبْدَهُ، وَأَخَذَ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ وَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ النُّقْصَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وَقَالَا: إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ الْعَبْدَ وَأَخَذ [٨/٢١١ظ/م] مَا نَقَصَهُ، وَإِنْ شَاءَ دَفَعَ الْعَبْدَ وَأَخَذَ قِيمَتَهُ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ، عن يَعْقُوبَ، عن أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في عبْدٍ لرَجُلٍ فَقَأَ[1] رجلٌ عينَيْه، فإنْ شاءَ المَولىٰ أَخَذَ مِن الفاقِئِ قيمةَ العبدِ فأعطاه العبدَ، وإنْ شاءَ أمسَكَه ولَا شيءَ له. وقالَ أبو يُوسُفَ ومُحَمَّدٌ رضي الله عنهما: إنْ شاءَ أخَذَ قيمتَه، وأعطاه رَقبتَه، وإنْ شاءَ أمسكَه وضَمَّنَه ما نقصَه»[2]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصَّغيرِ».

يُقَالُ: فَقَأَ عَيْنَه؛ إذا قَلَعَها واستخرَجَها.

وقالَ في «مختصرِ الأسرارِ»: «إذا قطَعَ الغاصبُ يَدَيِ العبدِ، أوْ رِجلَيْه، أوْ قَلَعَ عينَيْه، فالمالكُ بالخيارِ: إنْ شاءَ ضَمَّنه جميعَ القيمةِ [٣/٤٦٠ظ] وسَلَّم العبدَ إليه، وإنْ شاءَ أَمسَكَه ولَا شيءَ له، وقالَا: إنْ أمسَكَ العبدَ أخَذَ النُّقصانَ.

وقالَ المُخالفُ ـ يَعْنِي: الشَّافِعِيَّ رضي الله عنه ـ: يأخذُ العبدَ وقيمتَه».

وهذه المسألةُ تُسَمَّىٰ: مسألةُ الجُثَّةِ العَمْياءِ[3].

---

(١) في «الأصل»: «ففقأ». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص٥٠٩].

(٣) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» [٥/١٩٨، ٢٠٣، ٢٠٤]، «المبسوط» [٢٧/٩٦، ٩٧]، «تحفة

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُضَمِّنُهُ كُلَّ الْقِيمَةِ وَيُمْسِكُ الْجُثَّةَ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ الضَّمَانَ مُقَابِلًا بِالْفَائِتِ فَبَقِيَ الْبَاقِي عَلَىٰ مِلْكِهِ، كَمَا إِذَا قَطَعَ إِحْدَىٰ يَدَيْهِ أَوْ فَقَأَ إِحْدَىٰ

غاية البيان

وجهُ قولِ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه: أنَّ الضَّمانَ مُقابلٌ بالفائتِ، فيَبْقَىٰ الباقي علىٰ مِلْكِه، كما لوْ وردَتِ الجنايةُ علىٰ حُرٍّ، وكما لوْ قطَعَ إحدىٰ يدَيْه، أوْ فقَأَ إحدىٰ عينَيْه، حيثُ يَضْمَنُ نصفَ القيمةِ، ويَبْقَىٰ الباقي علىٰ مِلْكِه، وكما لوْ فَقَأَ عَينَي مُدَبَّرٍ، فإنَّه يَضْمَنُ نُقصانَ القيمةِ، ويَبْقَىٰ المُدَبَّرُ علىٰ مِلْكِه.

ولنا: أنَّ الواجبَ ضمانُ الجنايةِ كما في النَّفسِ، ولكنِ المولىٰ يَسْتحقُّه بسببِ مِلْكِه وماليَّتِه، ثُمَّ ماليَّتُه كما تُعْتَبَرُ في حقِّ الذَّاتِ تُعْتَبَرُ في حقِّ الأطرافِ أيضًا؛ لسقوطِ اعتبارِ الماليَّةِ في حقِّ الذَّاتِ قَصْرًا عليه. أَعْنِي: أنَّه لَا يُقَالُ: إنَّ اعتبارَ الماليَّةِ مقصورٌ علىٰ الذَّاتِ فحَسْبُ، بلِ الماليَّةُ في الذَّاتِ والأطرافِ جميعًا.

فإذا كانَ استحقاقُ ضمانِ الجنايةِ بالماليَّةِ، وَجَبَ في تفويتِ اليديْنِ، أوِ العَينيْنِ لتفويتِ جنسِ المنفعةِ تمام قيمةِ الماليَّةِ، فإذا أخَذَها المولىٰ؛ كانَ مِنْ شَرْطِ ذلكَ تسليمُ الجُثَّةِ إلىٰ الجاني؛ لئلَّا يَلْزَمَ اجتماعُ البَدَلِ والمُبْدَلِ في مِلْكِ رجلٍ واحدٍ؛ لأنَّه لَا نَظِيرَ له في الشَّرعِ.

بخلافِ ما إذا فَقَأَ عَيني حُرٍّ؛ لأنَّه ضمانُ الجنايةِ، وليسَ فيه معنىٰ الماليَّةِ، فلَا يَجْتَمِعُ البَدَلُ والمُبْدَلُ في مِلْكٍ واحدٍ، وبخلافِ ما إذا قلَعَ إحدىٰ عَينَي العبدِ أوْ قطَعَ إحدىٰ يدَيْه؛ لأنَّ الفائتَ هوَ النِّصفُ، والباقي هوَ النِّصفُ، ولم يُوجَدْ تَفْويتُ جنسِ المنفعةِ، فلَمْ يَجْتَمِعِ البَدَلُ والمُبْدَلُ.

والجوابُ عنِ المُدَبَّرِ: أنَّ الشَّرطَ الَّذي قلْنا مِنْ تسليمِ الجُثَّةِ تعذَّرَ؛ لأنَّ المُدَبَّرَ

الفقهاء» [١١٥/٣، ١١٦]، «العناية» [٣٦١/١٠]، «الجوهرة النيرة» [١٨٣/٢]، «تكملة البحر الرائق» [٣٠٩/٨، ٣١٣]، «الفتاوىٰ الهندية» [٩٠/٦].

عَيْنَيْهِ. وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّ الْمَالِيَّةَ قَائِمَةٌ فِي الذَّاتِ وَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ فِي حَقِّ الْأَطْرَافِ لِسُقُوطِ اعْتِبَارِهَا فِي حَقِّ الذَّاتِ قَصْرًا عَلَيْهِ.

غاية البيان

لَا يَقْبَلُ النَّقلَ مِنْ مِلْكٍ إلىٰ مِلْكٍ.

وقالَ في «**مختصرِ الأسرارِ**»: «ولَا يَلْزَمُ إذا كانَ العبدُ مُدَبَّرًا، حيثُ [٨/٢١٢و/م] يَأْخُذُ جميعَ قيمتِه مع بقائِه علىٰ مِلْكِه؛ لأنَّ مُحَمَّدًا ﵀ ذَكَرَ أنَّه لَا يَجِبُ هناكَ قيمةُ اليدَيْنِ، وإنَّما يَأْخُذُ ضمانَ النُّقصانِ».

واحتجَّ أبو يُوسُفَ ومُحَمَّدٌ ﵏: بأنَّ العبدَ مالٌ، والمُعْتَبَرُ في صفةِ ضمانِه معنىٰ الماليَّةِ، وصاحبُ المالِ[1] في النُّقصانِ الفاحشِ بالخيارِ: إنْ شاءَ سَلَّمَ العَينَ، وأخَذَ قيمتَه، وإنْ شاءَ أَمسَكَه وضَمِنَ النُّقصانَ، فكذلكَ هاهنا، وهذا لأنَّ الضَّمانَ مُقابَلٌ بالعَيْنيْنِ، لكنِ الرَّقبةُ بذلكَ صارَتْ هالكةً منْ وجهٍ، وهيَ قائمةٌ مِن وجهٍ.

فإنْ مَالَ إلىٰ الهلاكِ ضَمَّنَهُ القيمةَ، وسَلَّمَ العَينَ إليه؛ لأنَّه أخَذَ عِوَضَ الرَّقبةِ لمَّا صارَ للرَّقبةِ حُكْمُ الهلاكِ، وإنْ شاءَ مَالَ إلىٰ القيامِ، فأمْسَكَه وضَمَّنَه النُّقصانَ، وهوَ بَدَلُ العينَيْنِ في المماليكِ.

ولهذا قالَ مُحَمَّدٌ ﵀: إنَّ الجُثَّةَ العَمياءَ تَأْخُذُ قِسْطًا منَ المأخوذِ بالعينَيْنِ. يَعْنِي: أنَّ أَرْشَ العَينَيْنِ، وهيَ القيمةُ الكاملةُ بدلٌ مِنَ العينَيْنِ والجُثَّةِ جميعًا، حتَّىٰ إنَّه إذا استوفىٰ كمالَ القيمةِ؛ لَمْ تُسَلَّم الجُثَّةُ [٣/٤٦١و] لهُ، فلمَّا كانَ بدلًا عنهما جميعًا؛ كانَ بالخيارِ: إنْ شاءَ أخَذَ الكلَّ، وأزالَ المِلْكَ مِنَ الأصلِ، وإنْ شاءَ استبقَىٰ المِلْكَ في الأصلِ، وضَمَّنَه النُّقصانَ، كما إذا خَرَقَ ثوبَ الغيرِ خَرْقًا فاحشًا.

ولأبي حَنِيفَةَ ﵁: أنَّ الواجبَ ضمانُ الماليَّةِ مع اعتبارِ معنىٰ الآدميَّةِ؛ لأنَّ العبدَ وإنْ كانَ مالًا ليسَ معنىٰ الآدميَّةِ في ذاتِه، وفي أطرافِه بمُهْدرٍ، ولهذا لوْ قطعَ

(١) في «الأصل»: «المالية». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

وَإِذَا كَانَتْ مُعْتَبَرَةً وَقَدْ وُجِدَ إِتْلَافُ النَّفْسِ مِنْ وَجْهٍ بِتَفْوِيتِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ وَالضَّمَانُ يَتَقَدَّرُ بِقِيمَةِ الْكُلِّ ....

غاية البيان

عبْدٌ يَدَ عبدٍ آخرَ يُؤْمَرُ مولى الجاني بالدَّفعِ أوِ الفِداءِ، والدَّفعُ مِنْ أحكامِ الآدميَّةِ، ولوْ كانَ معنى الآدميَّةِ في الطَّرَفِ مُهْدرًا؛ لَمْ يُؤْمَرْ بالدَّفعِ، بَلْ وَجَبَ بَيْعُ رقبةِ الجاني في الجنايةِ؛ لأنَّ مُوجبَ جنايةِ العبدِ في المالِ ذلكَ.

فإذا كانَ في العبدِ معنى الماليَّةِ، ومعنى الآدميَّةِ اعتُبِرَ المَعْنيانِ جميعًا، فالضَّمانُ باعتبارِ معنى الآدميَّةِ، لَا يَتَوَزَّعُ على الفائتِ، وعلى الباقي، بَلْ يَكُونُ مُقابَلًا بالفائتِ لَا غيرَ، كما في عَيْنَيِ الحُرِّ، ويَقْتَضِي ذلكَ إمساكُ الجُثَّةِ مع أَخْذِ كلِّ القيمةِ كما قالَ الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه.

والضَّمانُ بمعنى الماليَّةِ يَتَوَزَّعُ على الفائتِ، وعلى الباقي، ويَقْتَضِي ذلكَ إمساكُ الجُثَّةِ مع أَخْذِ النُّقصانِ، وهوَ الَّذي وَجَبَ بمُقابلةِ فَوْتِ الأجزاءِ كما قالا، فوَفَّرْنا على الشَّبهَيْنِ منَ الماليَّةِ والآدميَّةِ حَظَّهما.

فقلْنا: إذا أَخَذَ قيمةَ العَينيْنِ دَفَعَ الجُثَّةَ إلى الجاني رعايةً لمعنى الماليَّةِ؛ لئلَّا يَجْتَمِعَ البَدَلُ والمُبْدَلُ في مِلْكٍ واحدٍ؛ لأنَّه أخذَ كمالَ القيمةِ وليسَ له إذا أمسَكَ [٨/٢١٢ظ/م] الجُثَّةَ أنْ يَأْخُذَ كمالَ القيمةِ لهذا المعنى، وأنْ يأخُذَ النُّقصانَ أيضًا وهوَ ما دونَ القيمةِ؛ لأنَّ للعَينيْنِ أَرْشًا مُقَدَّرًا، وهوَ كمالُ القيمةِ، فامتنَع الرُّجوعُ بالنُّقصانِ، بخلافِ سائرِ الأموالِ، فإنَّه ليسَ له أَرْشٌ مُقَدَّرٌ، فأمْكَنَ الرُّجوعُ بالنُّقصانِ.

فالحاصلُ [أنَّ][1] **فيما قالَا**: إلغاءُ معنى الآدميَّةِ، واعتبارُ معنى الماليَّةِ؛ لأنَّ مالكَ المالِ بالخيارِ: إنْ شاءَ سَلَّمَ العَيْنَ وأخذَ كمالَ القيمةِ، وإنْ شاءَ أمسَكَها ورَجَعَ بالنُّقصانِ كما في الخَرْقِ الفاحشِ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

فَيَجِبُ أَنْ يَتَمَلَّكَ الْجُثَّةَ دَفْعًا لِلضَّرَرِ وَرِعَايَةً لِلْمُمَاثَلَةِ، بِخِلَافِ مَا إذَا فَقَأَ عَيْنَيْ حُرٍّ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ، وَبِخِلَافِ عَيْنَيْ الْمُدَبَّرِ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الِانْتِقَالَ مِنْ الْمِلْكِ إلَى مِلْكٍ، وَفِي قَطْعِ إحْدَى [٢٧١/ظ] الْيَدَيْنِ وَفَقْءِ إحْدَى الْعَيْنَيْنِ لَمْ يُوجَدْ تَفْوِيتُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ.

وَلَهُمَا أَنَّ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ لَمَّا كَانَ مُعْتَبَرًا وَجَبَ أَنْ يَتَخَيَّرَ الْمَوْلَى عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قُلْنَاهُ كَمَا فِي سَائِرِ الْأَمْوَالِ فَإِنَّ مَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرْقًا فَاحِشًا إنْ شَاءَ الْمَالِكُ دَفَعَ الثَّوْبَ إلَيْهِ وَضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ الثَّوْبَ وَضَمَّنَهُ النُّقْصَانَ.

وَلَهُ أَنَّ الْمَالِيَّةَ وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَبَرَةً فِي الذَّاتِ فَالْآدَمِيَّةُ غَيْرُ مُهْدَرَةٍ فِيهِ وَفِي الْأَطْرَافِ أَيْضًا، أَلَا تَرَى أَنَّ عَبْدًا لَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ آخَرَ يُؤْمَرُ الْمَوْلَى بِالدَّفْعِ أَوْ الْفِدَاءِ وَهَذَا مِنْ أَحْكَامِ الْآدَمِيَّةِ، لِأَنَّ مُوجِبَ الْجِنَايَةِ عَلَى الْمَالِ أَنْ تُبَاعَ رَقَبَتُهُ فِيهَا ثُمَّ مِنْ أَحْكَامِ الْأُولَى أَنْ لَا يَنْقَسِمَ عَلَى الْأَجْزَاءِ، وَلَا يَتَمَلَّكَ الْجُثَّةَ،

غاية البيان

وفيما قالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: اعتبارُ معنى الآدميَّةِ، وإلغاءُ معنى الماليَّةِ؛ لأنَّه يَقُولُ بأخْذِ كمالِ القيمةِ مع إمساكِ الجُثَّةِ، وفيما قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ اعتبارُ المَعنيَيْنِ جميعًا؛ فكانَ ما قالَه أولى.

قولُه: (فَيَجِبُ أَنْ يَتَمَلَّكَ الْجُثَّةَ)، أي: يتمَلَّك الجاني جُثَّةَ العَبدِ المَجْنيِّ عليه.

قولُه: (وَفِي الْأَطْرَافِ أَيْضًا)، أي: معنى الآدميَّةِ ليسَ بمُهْدرٍ في أطرافِ العَبدِ، كما أنَّه ليسَ بمُهْدرٍ في ذاتِ العبدِ.

قولُه: (مِنْ أَحْكَامِ الْأُولَى)، أي: مِنْ أحكامِ الآدميَّةِ ألَّا يَنْقَسِمَ الضَّمانُ على الفائتِ وعلى الباقي، بلْ يَكُونُ بمُقابلةِ الفائتِ، ولَا يُتَملَّكُ الجُثَّةَ كما في عَيْنَي [٣/٤٦١ظ] الحُرِّ.

وَمِنْ أَحْكَامِ الثَّانِيَةِ أَنْ يَنْقَسِمَ وَيَتَمَلَّكَ الْجُثَّةَ فَوَفَّرْنَا عَلَى الشَّبَهَيْنِ حَظَّهُمَا مِنَ الْحُكْمِ.

غاية البيان

قولُه: (وَمِنْ أَحْكَامِ الثَّانِيَةِ)، أي: مِنْ أحكامِ الماليَّةِ: أنْ يَنْقَسِمَ الضَّمانُ على الفائتِ، وعلى الباقي، ويُتَمَلَّكُ الجُثَّةُ.

فَإِنْ قُلْتَ: كيفَ أرادَ صاحبُ «الهداية» بالأُولى: الآدميَّةَ، والآدميَّةُ مذكورةٌ بعدَ الماليَّةَ؟ وكيفَ أرادَ بالثَّانيةِ: الماليَّةَ، والماليَّةُ مذكورةٌ قبلَ الآدميَّةِ؟

قُلْتُ: إنَّما فعَلَ كذلكَ؛ لأنَّه ذَكَرَ دليلَ الشَّافِعِيِّ ﵀ أوَّلًا، وهوَ اعتبَرَ معنى الآدميَّةِ، ثُمَّ ذَكَرَ دليلَ أبي يُوسُفَ ومُحَمَّدٍ ﵄، وهما اعتبَرَا الماليَّةَ، فكانَ وَضْعُ الأُولى والثَّانيةِ في مَوْضعِهِما.

فَصْــلٌ
فِي جِنَايَةِ الْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ

قال: **وَإِذَا جَنَىٰ الْمُدَبَّرُ، وَأُمُّ الْوَلَدِ جِنَايَةً؛ ضَمِنَ الْمَوْلَىٰ الْأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ، وَمِنْ أَرْشِهَا**؛ (لِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ - رضي الله عنه - أَنَّهُ قَضَىٰ بِجِنَايَةِ الْمُدَبَّرِ عَلَىٰ مَوْلَاهُ)، وَلِأَنَّهُ صَارَ مَانِعًا عَنْ تَسْلِيمِهِ فِي الْجِنَايَةِ بِالتَّدْبِيرِ أَوْ الِاسْتِيلَادِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ الْفِدَاءَ فَصَارَ كَمَا إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ بَعْدَ الْجِنَايَةِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ.

غاية البيان

فَصْــلٌ
فِي جِنَايَةِ الْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ

لَمَّا ذَكَرَ جنايةَ القِنِّ والجنايةَ عليه، وهوَ كاملٌ في المملوكيَّةِ: ذَكَر بعْدَهُ جنايةَ مَن هوَ أنقصُ في المملوكيَّةِ، وهوَ المُدَبَّرُ وأمُّ الوَلدِ.

قولُه: (**وَإِذَا جَنَىٰ الْمُدَبَّرُ، وَأُمُّ الْوَلَدِ جِنَايَةً؛ ضَمِنَ الْمَوْلَىٰ الْأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ، وَمِنْ أَرْشِهَا**)، أي: قالَ القُدُوريُّ رحمه الله في «**مختصرِه**»[1].

قالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ رحمه الله **في «مختصرِه»**: «جنايةُ المُدَبَّرِ علىٰ سيِّدِه في مالِه دونَ عاقِلَتِه حالَّةً، فإذا قتلَ المُدَبَّرُ رَجُلًا خطأً، أوْ جنَىٰ عليه فيما دونَ النَّفسِ؛ فذلكَ كلُّه علىٰ المولىٰ في قيمةِ المُدَبَّرِ، يَكُونُ عليه الأقلُّ مِن قيمتِه، ومِنْ أَرْشِ جنايتِه، لَا يُلْزمُ المَولىٰ بجنايةِ المُدَبَّرِ أكثرَ مِن قيمةٍ واحدةٍ مرَّةً واحدةً.

وإنْ كثُرَتِ الأُرُوشُ، وجاوزَتْ إلىٰ مئةِ ألفٍ؛ يَشْتَرِكُ مَن جَنىٰ عليه المُدَبَّرُ أوَّلًا وآخِرًا، تَقَارَبَ ما بينَ الجناياتِ أوْ تَفَاوَتَ، سواءٌ كانَت علىٰ المولىٰ [٨/٢١٣و/م] لَمْ تُقْبَضْ منه، أو كانَتْ قُبِضَتْ منه، فيَتَضَارَبُونَ في القيمةِ بِقَدْرِ ما لكلِّ واحدٍ منهم

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٩٠].

وَإِنَّمَا يَجِبُ الْأَقَلُّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ الْأَرْشِ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِوَلِيِّ الْجِنَايَةِ فِي أَكْثَرَ مِنْ الْأَرْشِ، وَلَا مَنْعَ مِنَ الْمَوْلَىٰ فِي أَكْثَرَ مِنْ الْقِيمَةِ، وَلَا تَخْيِيرَ بَيْنَ الْأَقَلِّ

غاية البيان

مِنْ أَرْشِ جنايتِه، كما بَيَّنْتُ لكَ أنَّهم يتَضارَبُونَ في رَقبةِ العبدِ الجاني إذا اختارَ المَولىٰ دَفْعَها إلىٰ أولياء الجناية»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله.

والدَّليلُ علىٰ أنَّ جنايةَ المُدَبَّرِ علىٰ المَولىٰ: ما ذكرَه مُحَمَّدٌ رحمه الله في الجناياتِ: أنَّ أبا عُبَيْدَةَ بنَ الجَرَّاحِ رضي الله عنه، قضَىٰ بجنايةِ المُدَبَّرِ علىٰ مولاه[2]، وذلكَ بِحَضْرَةِ الصَّحابةِ رضي الله عنهم مِنْ غيرِ خلاف نكيرٍ، وقدْ كانَ أبو عُبَيْدَةَ رضي الله عنه أميرُ الشَّامِ وقضاياه تَظْهَرُ بينَ الصَّحابةِ رضي الله عنهم، وَذُكِرَ عنْ عُمَرَ بنِ عبدِ العزيزِ[3] وإبراهيمَ[4] رضي الله عنهما مثلُ ذلكَ.

ولأنَّ المَولىٰ صارَ مانعًا مِنْ تسليمِه بالجنايةِ بالتَّدبيرِ مِنْ غيرِ اختيارٍ، فكأنَّه دَبَّرَهُ، وهوَ لَا يَعْلَمُ بالجنايةِ، وإنَّمَا لَزِمَه الأقلُّ مِنْ ذلكَ؛ لأنَّ الأَرْشَ إنْ كانَ أقلَّ مِن قيمتِه، فلَا حقَّ لِوَلِيِّ الجنايةِ فيما زادَ عليه، وإنْ كانَ أكثرَ منَ القيمةِ، فلَمْ يُتْلِفِ المولىٰ بالتَّدبيرِ إلَّا الرَّقبةَ؛ فلَزِمَه قيمتُه. كذا ذكَرَ الْقُدُورِيُّ رحمه الله في **«شرحِه»**.

وكذلكَ الحُكْمُ في جنايةِ أمِّ الوَلدِ لهذا المعنىٰ، وإنَّما لزِمَه في جميعِ الجناياتِ قيمةٌ واحدةٌ؛ لأنَّ المنعَ مَنْعٌ واحدٌ، والضَّمانُ يَتَعَلَّقُ به، فكانَ الجناياتُ اجتمعَتْ، ثُمَّ دَبَّرَهُ، وإنَّما يتَضارَبُونَ بالقيمةِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم [٤٦٢/٣و] يَسْتَحِقُّ بِقَدْرِ جنايتِه، فيَضْرِبُ بذلكَ.

وقالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في كتابِ «التَّقريبِ»: «قالَ أبو يُوسُفَ رحمه الله: يَضْمَنُ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٨/ داماد].
(٢) أخرجه: ابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/٢٧٣٢٦]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٣١٤/١٠]. عن أبي عُبَيْدَةَ بن الجَرَّاح رضي الله عنه به.
(٣) أخرجه: ابن أبي شيبة في «المصنف» [٢٧٣٢٨]. عن عُمَر بن عبد العزيز رحمه الله.
(٤) أخرجه: ابن أبي شيبة في «المصنف» [٢٧٣٢٧]. عن إبراهيمَ رحمه الله به.

وَالْأَكْثَرِ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ فِي جِنْسٍ وَاحِدٍ لِاخْتِيَارِهِ الْأَقَلَّ لَا مَحَالَةَ، **بِخِلَافِ الْقِنِّ**؛ لِأَنَّ الرَّغَبَاتِ صَادِقَةٌ فِي الْأَعْيَانِ فَيُفِيدُ التَّخْيِيرَ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ (وَجِنَايَاتُ الْمُدَبَّرِ وَإِنْ تَوَالَتْ لَا تُوجِبُ إلَّا قِيمَةً وَاحِدَةً) لِأَنَّهُ لَا مَنْعَ مِنْهُ إلَّا فِي رَقَبَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلِأَنَّ دَفْعَ الْقِيمَةِ كَدَفْعِ الْعَبْدِ وَذَلِكَ لَا يَتَكَرَّرُ فَهَذَا كَذَلِكَ، وَيَتَضَارَبُونَ بِالْحِصَصِ فِيهَا، **وَيُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ فِي حَالِ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ فِي هَذَا الْوَقْتِ يَتَحَقَّقُ**.

غاية البيان

المولىٰ قيمةَ المُدَبَّرِ وأمِّ الولدِ بالجنايةِ مُدَبَّرًا، وقالَ زُفَرُ رحمه الله: يَضْمَنُ قيمتَه عبدًا. ورَوَىٰ ابنُ أبي مالكٍ عنْ أبي يُوسُفَ رحمهما الله مثلَه.

لأبي يُوسُفَ: أنَّ النَّقصَ الحاصلَ بالتَّدبيرِ تقدَّمَ الجنايةَ، فلَا يُعْتَدُّ به علىٰ المَولىٰ كما لوْ كانَ قَطَعَ يدَه.

وَلِزُفَرَ رحمه الله: أنَّ المولىٰ بالتَّدبيرِ مانعٌ مِنْ تسليمِه، فكأنَّه جَنَىٰ ثُمَّ دَبَّرَهُ».

قولُه: (بِخِلَافِ الْقِنِّ)، يَعْنِي: أنَّ المولىٰ يَتَخَيَّرُ في جنايةِ العبدِ القِنِّ بينَ الدَّفعِ والفِداءِ، وإنْ كانَ الأَرْشُ أكثرَ، لعدمِ تَعيُّنِ اليُسْرِ في الأقلِّ لاختلافِهما، وهنا لَا يُخَيَّرُ المولىٰ في جنايةِ المُدَبَّرِ بينَ الأقلِّ والأكثرِ منْ قيمتِه ومِنَ الأَرْشِ؛ لأنَّه لَا فائدةَ في التَّخييرِ؛ لأنَّ المُدَبَّرَ لمَّا امتَنَعَ دَفْعُه؛ لأنَّه لَا يُقْبَلُ النَّقلُ مِنْ مِلْكٍ إلىٰ مِلْكٍ؛ تَعَيَّنَ اليُسْرُ في الأقلِّ؛ لكونِ القيمةِ والأَرْشِ مِثْلَيْنِ مِن حيثُ إنَّهما بَدَلٌ.

قولُه: (وَيُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ فِي حَالِ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ فِي هَذَا الْوَقْتِ يَتَحَقَّقُ)، ذكرَه تفريعًا علىٰ مسألةِ «**المختصرِ**».

بيانُه: فيما قالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله [في «**مختصرِه**»][(١)]: «فيُعْتَبَرُ بقيمةِ المُدَبَّرِ لكلِّ واحدٍ منهم يومَ جَنَىٰ عليه، ولَا يُعْتَبَرُ القيمةُ يومَ التَّدبيرِ، فإذا قتلَ قتيلًا خطأً

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

قَالَ: فَإِنْ جَنَىٰ جِنَايَةً أُخْرَىٰ، وَقَدْ دَفَعَ الْمَوْلَىٰ الْقِيمَةَ إِلَىٰ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَىٰ بِقَضَاءِ قَاضٍ؛ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ [٢٧٢/و] ؛ لِأَنَّهُ مَجْبُورٌ بالدفع.

غاية البيان

[٢١٣/٨ظ/م]، وقيمتُه يومَ قتَلَه ألفٌ، ثُمَّ زادَتْ قيمتُه فصارَتْ ألفًا وخمسَ مئةٍ، ثُمَّ قتَلَ آخرَ؛ فإنَّ وَلِيَّ الجنايةِ الثَّانيةِ يَأْخُذُ مِنَ المولىٰ خمسَ مئةٍ فَضْلَ القيمةِ.

فيُحْتَسَبُ ذلكَ عليه مِن أَرْشِ جنايتِه، ثُمَّ يُقْسَمُ الباقي - وهوَ ألفٌ - علىٰ تسعةٍ وثلاثينَ جُزءًا؛ لأنَّ الثَّانيَ قبَضَ خمسَ مئةٍ، فيُحْتَسَبُ عليه مِنَ الدِّيَةِ، فَبَقِيَ له تسعةُ آلافٍ وخمسُ مئةٍ، فَيَضْرِبُ بما بَقِيَ له، وللأوَّل الدِّيَةُ كاملةً، فيَكُونُ تسعةُ آلافٍ وخمسُ مئةٍ تسعةَ عشرَ جزءًا كلُّ خمسِ مئةٍ جزءٌ، فيَكُونُ للأوَّلِ عشرةُ آلافٍ، وهيَ عشرونَ جزءًا؛ لأنَّ له الدِّيَةَ، ولم يَقْبِضْ منها شيئًا، فيَكُونُ الألفُ الباقي علىٰ تسعةٍ وثلاثينَ جزءًا.

وكذلكَ لوْ كانَ المولىٰ دَفعَ قيمةَ المُدَبَّرِ إلىٰ الأوَّلِ خمسَ مئةٍ، ثُمَّ جنَىٰ علىٰ آخرَ وقيمتُه ألفٌ، فإنَّ المولىٰ يَدْفَعُ خمسَ مئةٍ فضلَ القيمةِ للثَّاني، ثُمَّ يَتْبَعُ الثَّاني الأوَّلَ فيما قبَضَ، فيَكُونُ بينهما علىٰ تسعةٍ وثلاثينَ، والقبضُ في هذا وغيرُ القبضِ سواءٌ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ ﵀.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ جَنَىٰ جِنَايَةً أُخْرَىٰ، وَقَدْ دَفَعَ الْمَوْلَىٰ الْقِيمَةَ إِلَىٰ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَىٰ بِقَضَاءِ قَاضٍ؛ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «**مختصرِه**»، وتمامُه فيه: «ويَتْبَعُ وَلِيُّ الجنايةِ الثَّانيةِ وَلِيَّ الجنايةِ الأُولىٰ، ويُشَارِكُه فيما أَخَذَ»[2].

وذلكَ لأنَّ الضَّمانَ لَزِمَ المولىٰ لأجْلِ المنعِ الَّذي حَصَلَ منه في الرَّقبةِ، وهوَ منْعٌ واحدٌ، فصارَ كأنَّ الجناياتِ كلَّها اجتمعَتْ ثُمَّ دَبَّرَهُ، فلَا يَلْزَمُه إلَّا قيمةٌ واحدةٌ،

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٨/ داماد].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٩٠].

قَالَ: وَإِنْ كَانَ الْمَوْلَىٰ دَفَعَ الْقِيمَةَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ؛ فَالْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَوْلَىٰ، وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الْأُولَىٰ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا شَيْءَ عَلَىٰ الْمَوْلَىٰ) لِأَنَّهُ حِينَ دَفَعَ لَمْ تَكُنْ الْجِنَايَةُ الثَّانِيَةُ مَوْجُودَةً فَقَدْ دَفَعَ كُلَّ الْحَقِّ إِلَىٰ مُسْتَحِقِّهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَ الْقَضَاءَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَوْلَىٰ

غاية البيان

ويَتَعَلَّقُ حقُّ جماعتِهم بها، فإذا دَفَعَها إلىٰ الأوَّلِ [٣/٤٦٢ظ] بقضاءٍ، فقدْ زالَتْ يدُه عنها بغيرِ اختيارِه، فلَا يَلْزَمُه ضمانُها، وللثَّاني أنْ يَتْبَعَ الأوَّلَ؛ لأنَّه قبَضَ ما تعلَّقَ حقُّه به، كالوصِيِّ إذا دَفَعَ التَّرِكةَ إلىٰ الغُرَماءِ، ثُمَّ ظهَرَ غَرِيمٌ آخرُ؛ فإنَّه يُشارِكُهم فيما قبَضوا، ولم يَرْجِعْ علىٰ الوصِيِّ، كذلكَ هاهنا.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ كَانَ الْمَوْلَىٰ دَفَعَ الْقِيمَةَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ؛ فَالْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَوْلَىٰ، وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الْأُولَىٰ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «فإنِ اتَّبع المولىٰ؛ فله أنْ يَرْجِعَ علىٰ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ»[١]، وذلكَ لأنَّ المَولىٰ سَلَّمَ إلىٰ الأوَّلِ ما تعلَّقَ حقُّ الثَّاني به، فكانَ للثَّاني الخيارُ في تضمينِ أيِّهما شاءَ، فإنْ ضَمَّنَ المَولىٰ رَجَعَ علىٰ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ؛ لأنَّا تبيَّنَّا أنَّه دفَعَ إليه ما ليسَ بحقٍّ له، فكانَ له الرُّجوعُ به، وهذا كلُّه قولُ أبي حَنِيفَةَ ﵁[٢].

وقالَ أبو يُوسُفَ ومُحَمَّدٌ ﵄: يَتْبَعُ وَلِيُّ [٨/٢١٤و/م] الجنايةِ [الثَّانيةِ الأوَّلَ][٣]، ولَا سبيلَ له علىٰ المولىٰ، سواءٌ دفَع بقضاءٍ أوْ بغيرِ قضاءٍ؛ لأنَّ المولىٰ دفَعَ إلىٰ الأوَّلِ، ولَا حقَّ للثَّاني، فلَمْ يَكُنْ مُتَعَدِّيًا في الدَّفعِ، فلَا يَلْزَمُه الضمانُ.

قولُه: (وَهَذَا)، إشارةٌ إلىٰ كونِ المَولىٰ جانيًا بدفعِ قيمةِ المُدَبَّرِ إلىٰ الأوَّلِ،

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٩٠].

(٢) وهو معتمد الأئمة. ينظر: «الاختيار» [٥/٥١]، «تبيين الحقائق» [٦/١٦٥]، «العناية» [١٠/٣٦٤].

(٣) في «الأصل»: «الأولىٰ». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

جَانٍ بِدَفْعِ حَقِّ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ طَوْعًا، وَوَلِيُّ الْأُولَىٰ ضَامِنٌ بِقَبْضِ حَقِّهِ ظُلْمًا فَيَتَخَيَّرُ، وَهَذَا لِأَنَّ الثَّانِيَةَ مُقَارِنَةٌ حُكْمًا مِنْ وَجْهٍ وَلِهَذَا يُشَارِكُ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ الْأُولَىٰ، وَمُتَأَخِّرَةٌ حُكْمًا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ فِي حَقِّهَا فَجُعِلَتْ كَالْمُقَارِنَةِ فِي حَقِّ التَّضْمِينِ لِإِبْطَالِهِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ مِنْ حَقِّ وَلِيِّ الثَّانِيَةِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ.

وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَىٰ الْمُدَبَّرَ، وَقَدْ جَنَىٰ جِنَايَاتٍ؛ لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا وَجَبَ عَلَيْهِ بِالْمَنْعِ فَصَارَ وُجُودُ الْإِعْتَاقِ مِنْ بَعْدُ وَعَدَمُهُ بِمَنْزِلَةٍ.

غاية البيان

حيثُ دفَعَ حقَّ الثَّاني طَوْعًا؛ لأنَّ الجنايةَ الثَّانيةَ، وإنْ كانَتْ مُتأخِّرةً منَ الجنايةِ الأُولىٰ وُقُوعًا، مُقارِنَةٌ معَ الجنايةِ الأُولىٰ مِنْ حيثُ الحُكْمُ منْ وجهٍ؛ بدليلِ مشاركةِ وَلِيِّ الجنايةِ الثَّانية وَلِيَّ الجنايةِ الأُولىٰ.

ومِن وجهٍ: مُتأخِّرةٌ عنِ الجنايةِ الأُولىٰ مِنْ حيثُ الحُكْمُ أيضًا، بدليلِ اعتبارِ قيمتِه في حقِّ الجنايةِ الثَّانيةِ حينَ وقوعِها، فلمَّا كانَ كذلك جُعِلَتِ الثَّانيةُ كالمُقارِنةِ في حقِّ التَّضمينِ إذا دَفَعَ بغيرِ قضاءٍ؛ لأنَّه أبطَلَ ما تعلَّقَ حقُّ الثَّاني به، ولم يُجْعَلْ كالمُقارِنةِ إذا دفعَ بقضاءٍ؛ لأنَّه مجبورٌ بالدَّفعِ عمَلًا بِشَبَهَيِ المُقارَنةِ والتَّأخُّرِ.

قولُه: (وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَىٰ الْمُدَبَّرَ، وَقَدْ جَنَىٰ جِنَايَاتٍ؛ لَمْ [يَلْزَمْهُ][1] إِلَّا قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ)، ذكرَه تفريعًا علىٰ مسألةِ «**المختصرِ**».

قالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله **في «مختصره»**: «ولوْ أعتقَ المولىٰ المُدَبَّرَ، وقدْ جنَىٰ جناياتٍ كثيرةً؛ لم يَلْزَمْه إلَّا قيمةٌ واحدةٌ، وعَتاقُه وغيرُ عَتاقِه [سواءٌ][2]، وهوَ علىٰ ما قدَّمْتُه لك؛ لأنَّه لَا شيءَ مِنَ الجناياتِ في رقبةِ المُدَبَّرِ»[3].

(١) في «الأصل»: «يلزم». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٨/ داماد].

وَأُمُّ الْوَلَدِ بِمَنْزِلَةِ الْمُدَبَّرِ فِي جَمِيعِ مَا وَصَفْنَا؛ لِأَنَّ الِاسْتِيلَادَ مَانِعٌ مِنْ الدَّفْعِ كَالتَّدْبِيرِ.

وَإِذَا أَقَرَّ الْمُدَبَّرُ بِجِنَايَةٍ؛ لَمْ يَجُزْ إِقْرَارُهُ، وَلَا يَلْزَمُهُ بِهِ شَيْءٌ، عَتَقَ أَوْ لَمْ يَعْتِقْ لِأَنَّ مُوجَبَ جِنَايَةِ الْخَطَإِ عَلَىٰ سَيِّدِهِ وَإِقْرَارَهُ بِهِ لَا يَنْفُذُ عَلَىٰ السَّيِّدِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

قولُه: (وَأُمُّ الْوَلَدِ بِمَنْزِلَةِ الْمُدَبَّرِ فِي جَمِيعِ مَا وَصَفْنَا)، ذكرَه علىٰ سبيلِ التَّفريعِ.

قالَ الْكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «وجنايةُ أمِّ الوَلدِ علىٰ المولىٰ، وهيَ في جميعِ ما ذكرْتُ لكَ بمنزلةِ المُدَبَّرِ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ ﷺ، وذلكَ لأنَّ حقَّ الحُرِّيَةِ يَتَعَلَّقُ برَقبتِها كالمُدَبَّرِ، ولأنَّ المولىٰ مَنَعَ مِنْ تسليمِها بالاستيلادِ السَّابقِ مِنْ غيرِ اختيارٍ.

قولُه: (وَإِذَا أَقَرَّ الْمُدَبَّرُ بِجِنَايَةٍ؛ لَمْ يَجُزْ إِقْرَارُهُ، وَلَا يَلْزَمُهُ بِهِ شَيْءٌ، عَتَقَ أَوْ لَمْ يَعْتِقْ). ذكرَه بسبيلِ التَّفريعِ أيضًا.

قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرحِ مختصرِ الْكَرْخِيِّ»: «إنَّما يعْنِي به جنايةَ الخطأِ؛ ولأنَّها لازمةٌ لمولاه، فإقرارُه علىٰ المولىٰ لَا يَتَعَلَّقُ به حُكْمٌ». ولم يذكُرِ القُدُورِيُّ جنايةَ المُكاتَبِ، ونحنُ نذكرُ ما يتعلَّقُ بهذا الموضعِ.

قالَ الْكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «وجنايةُ المُكاتَبِ علىٰ نَفْسِه دونَ سيِّدِه، ودونَ العاقِلَةِ، يُحْكَمُ عليه بالأقلِّ مِنْ قيمتِه [٣/٤٦٣و] ومِنْ أَرْشِ جنايته»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ، وذلكَ لأنَّ اكتسابَ المُكاتَبِ لنفسِه، فكانَتْ جنايتُه عليه كالحُرِّ، ولأنَّه هوَ [٨/٢١٤ظ/م] المانعُ مِنْ تَسليمِ رَقبتِه في الجنايةِ بقبولِه الكِتابةَ، فصارَ كالمولىٰ المانعِ لتَسليمِ المُدَبَّرِ بالتَّدبيرِ، فإذا لَزمَتْ جنايةُ المُدَبَّرِ المولىٰ؛ لَزمتْ جنايةُ المُكاتَبِ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٨/ داماد].

....

غاية البيان

[المُكاتَبَ](١).

ولا يُقالُ: إنَّ المولىٰ هوَ المانعُ بعَقْدِ الكتابةِ، كما مُنِعَ بالتَّدبيرِ؛ لأنَّ نَفْسَ العَقدِ لَا يَمْنَعُ الدَّفعَ إذا حَصَلَ العَجزُ، وإنَّما يَمْنعُه البقاءُ عليه، وذلكَ لِحَقِّ المُكاتَبِ؛ وإنَّما لَزِمَه الأقلُّ؛ لأنَّ الأَرْشَ إذا كانَ هوَ الأقلَّ، فلَا حقَّ للمولىٰ في أكثرَ منه، وإذا كانَتِ القيمةُ أقلَّ لم يُمْنَعِ المُكاتَبُ ما زادَ عليها، فلَا يَلْزَمُه ما لم يُمْنَعْ.

قالَ الْكَرْخِيُّ ﷺ: «فإذا حَكَمَ الحاكمُ عليه؛ صارَتْ دَيْنًا عليه، وسقطَتْ من رَقبتِه، وما لم يَحْكُمِ الحاكمُ؛ فهوَ في رقبتِه، لوْ عجزَ بعدَ الحُكْمِ باعَه الحاكمُ في دَيْنِه، وإنْ عجَزَ قبلَ الحُكْمِ قِيلَ للمَولىٰ ادْفَعْه، أوِ افْدِهِ بأَرشِ الجنايةِ، فأمَّا إذا حَكَمَ فهي دَيْنٌ عليه يُؤدِّيها مِنْ كَسْبِه ما دامَ في الكتابةِ، فإنْ عجَزَ بِيعَ في ذلكَ»(٢). إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ ﷺ.

قالَ القُدُورِيُّ ﷺ **في «شرحِه»**: «وهذا قولُ أصحابِنا: إنَّ جنايةَ المُكاتَبِ تَتَعَلَّقُ برقبتِه. وقالَ زُفَرُ ﷺ: تَتَعَلَّقُ بذمَّتِه».

لنا: أنَّ رقبتَه يَجُوزُ تسليمُها في الجنايةِ لوْ عجزَ المُكاتَبُ، فتَتَعَلَّقُ الجنايةُ بها كرقبةِ العبدِ.

وجهُ قولِ زُفَرَ: أنَّ رقبةَ المُكاتَبِ لَا يَصِحُّ فيها التَّمليكُ، فصارَ كالحُرِّ والمُدَبَّرِ، فلَا تَتَعَلَّقُ الجنايةُ برقبتِه.

وفائدةُ هذا الخلافِ: أنَّ المُكاتَبَ إذا عجَزَ قبلَ انتقالِ الجنايةِ مِنْ رقبتِه؛ قِيلَ للمولىٰ: ادْفَعْه أوِ افْدِهِ. وقالَ زُفَرُ ﷺ: يُباعُ في الأَرْشِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٨/ داماد].

. . . .

فعلىٰ قولِنا: أنَّ الجنايةَ في الرَّقبةِ، وقدْ أمْكَنَ فيها الدَّفعُ، فصارَتْ كجنايةِ العبدِ، وعلىٰ قولِنا: الجنايةُ في الذِّمَّةِ، فيُبَاعُ فيها إذا عجَزَ، كما يُبَاعُ في الدُّيونِ.

ويَظْهَرُ الخلافُ أيضًا في المُكاتَبِ إذا جنَىٰ قبلَ القضاءِ عليه بالجنايةِ؛ قُضِيَ عليه بقيمةٍ واحدةٍ؛ لأنَّ الجنايةَ الأُولىٰ متعلِّقةٌ برَقبتِه، وكذلكَ الثَّانيةُ، فتَتَضايَقُ الرَّقبةُ عنهما، فيَكُونُ بينهما كجِنايَتَيِ العبدِ.

وعلىٰ قولِ زُفَرَ: يُحْكَمُ في كلِّ جنايةٍ بقيمةٍ؛ لأنَّها تَجِبُ عندَه في الذِّمَّةِ، والذِّمَّةُ لَا تَتَضَايَقُ.

وإذا ثبَتَ أنَّ جنايةَ المُكاتَبِ تتعلَّق برقبتِه؛ لم يَنْتَقِلْ إلىٰ ذِمَّتِه إلَّا بأحدِ معانٍ ثلاثةٍ: إمَّا بأنْ يَحْكُمَ الحاكمُ بأَرْشِها عليها، أوْ بأنْ يَصْطَلِحُوا علىٰ الأَرْشِ، أوْ يَمُوتُ ويَتْرُكُ مالًا، أوْ ولدًا؛ وذلكَ لأنَّه قدْ كانَتِ الجنايةُ موقوفةَ الحُكْمِ؛ لجوازِ أنْ يعجزَ فيدفعَ، أو يعتقَ فيتعذَّرَ الدَّفعُ، ويَجِبَ الأَرْشُ.

فإذا قَضىٰ القاضي بالأرشِ؛ فقدْ حَكَمَ بإحدىٰ جِهتَيِ المراعاةِ [٢١٥/٨و/م]، وأبطَلَ الجِهةَ الأُخرىٰ، وكذلكَ إذا اصطلَحُوا؛ لأنَّ الصُّلحَ يُوجِبُ البَدَلَ في الذِّمَّةِ، فتَنْتَقِلُ الجنايةُ عنِ الرَّقبة، فأمَّا إذا ماتَ وترَكَ وفاءً فقدْ حكَمْنا بعِتْقِه في آخرِ جزءٍ مِنْ أجزاءِ الحياةِ، وذلكَ يَمْنَعُ مِنْ دَفعِ الرَّقبةِ، فيَنْتَقِلُ الحقُّ إلىٰ الذِّمَّةِ، وكذلكَ إذا [٤٦٣/٣ظ] أُعْتِقَ في حالِ الحياةِ لهذه العلَّةِ، وكذلكَ إذا ترَكَ ولدًا؛ لأنَّ الولدَ قامَ مقامَه، وتعذَّرَ دَفْعُ الرَّقبةِ بالموتِ.

وقالَ الْكَرْخِيُّ ﵀ أيضًا: «وإذا جنَىٰ المُكاتَبُ جناياتٍ جنايةً بعدَ جنايةٍ قبلَ أنْ يُحْكَمَ عليه بشيءٍ، ثُمَّ رافعوه إلىٰ الحاكمِ؛ حَكَم عليه بالأقلِّ مِنْ قيمتِه، ومِن أُروشِ الجناياتِ الَّتي لزِمَتْه»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ ﵀.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٩/ داماد].

. . . .

وهذا علىٰ ما قدَّمنا: أنَّ الجناياتِ تَتَعَلَّقُ برقبتِه، فتَتَضَايَقُ عنها.

وقالَ الْكَرْخِيُّ أيضًا: «فإنْ جنَىٰ جنايةً، فحُكِمَ عليه بالأقلِّ مِنْ قيمتِه، ومِنْ أَرْشِها، ثُمَّ جنَىٰ جنايةً أُخرىٰ، فخُوصِمَ فيها؛ فإنَّ الحاكمَ يَحْكُمُ عليه أيضًا بالأقلِّ مِنْ قيمتِه، ومِنْ أَرْشِ الجنايةِ»[1]. إلىٰ هنا لفظُه رحمه الله، وذلكَ لأنَّه لمَّا حَكَمَ بالأُولىٰ نقَلَها منَ الرَّقبةِ إلىٰ الذِّمَّةِ، فصادفَتِ الجنايةُ الثَّانيةُ الرَّقبةَ فارغةً، فعُلِّقَتْ بها كالأُولىٰ.

قالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله: «ويَنْظُرُ الحاكمُ إلىٰ قيمةِ المُكاتَبِ يومَ جنَىٰ في كلِّ جنايةٍ يُرْفَعُ إليه فيها، ولَا يُعْتَبَرُ زيادةُ القيمةِ بعدَ الجنايةِ، ولَا نقصانُها، علىٰ ما فسَّرْتُ لكَ في المُدَبَّرِ»[1].

وقالَ الْكَرْخِيُّ أيضًا: «وإذا أَقَرَّ المُكاتَبُ بجنايةٍ خطأً؛ لزمتْه، وحَكَمَ الحاكمُ بها عليه». إلىٰ هنا لفظُه. وذلكَ لأنَّ جنايتَه مُسْتحقَّةٌ مِنْ كَسْبِه، وهوَ أحقُّ بأكسابِه، فنَفَذَ إقرارُه كالحُرِّ.

قالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله: «وإنْ لمْ يَحْكُمْ حتَّىٰ عَجَز بَطلَتْ، وذلكَ لأنَّ الإقرارَ صارَ لازمًا للمولىٰ، ألَا تَرَىٰ أنَّ الجنايةَ لوْ ثبتَتْ؛ لزِمَ المولىٰ الدَّفعُ، أو الفِداءُ، فلم يَجُزْ إقرارُ المُكاتَبِ في حقِّ غيرِه».

وقالَ الْكَرْخِيُّ أيضًا: «وإنْ عجَز بعدَ الحُكْمِ بطلَتْ أيضًا عنه عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وأمَّا في قولِ أبي يُوسُفَ ومُحَمَّدٍ رحمهما الله: فلَا تَبْطُلُ، وهيَ دَيْنٌ يُباع فيها»[1]. إلىٰ هنا لفظُه.

لأبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّ المُكاتَبَ فيما لم يَتَضَمَّنِ الكتابةَ الإذْنُ فيه باقٍ علىٰ حَجْرِه بدلالةِ القَرْضِ، والكتابةُ لَا تَتَضَمَّنُ الإقرارَ بالجنايةِ، فكانَ مَحْجورًا عليه

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٩/ داماد].

....

في الإقرارِ، وإنَّما ألزمْنَاه ذلكَ لثبوتِ حقِّه في أكْسابِه، فإذا عجَزَ زالَ هذا المعنىٰ، فبَطَلَ ما تَعَلَّقَ بإقرارِه.

وجهُ قولِهما: أنَّ الحاكمَ لمَّا حَكَمَ عليه؛ صارَتِ الجنايةُ دَينًا في [٨/٢١٥ظ/م] ذمَّتِه، فلَا يَبْطُلُ بعَجْزِه، كما لوْ أَقَرَّ بدَيْنٍ ثُمَّ عَجَزَ.

وقالَ الْكَرْخِيُّ: «فإنْ أَقَرَّ بجنايةٍ، فلَمْ يَحْكُمِ الحاكمُ بها حتَّىٰ أدَّىٰ، فعَتَقَ؛ صارَتْ دَينًا عليه حينَ عَتَقَ»[١]. إلىٰ هنا لفظُه ﵀، وذلكَ لأنَّ جنايتَه تَلْزَمُه في أكسابِه، ولَا تَلْزَمُ [المولىٰ][٢]، فتأكَّدَ بعِتْقِه، كالدُّيونِ الَّتي يُقِرُّ بها، وليسَ كذلكَ العبدُ يُقِرُّ بالجنايةِ، ثُمَّ يَعْتِقُ؛ لأنَّ جنايتَه علىٰ مولاه، ومَنْ أَقَرَّ بحقٍّ علىٰ غيرِه لمْ يَلْزَمْ في نفسِه. كذا ذَكَر الْقُدُورِيُّ ﵀ في «شرحِه».

واللهُ أعلمُ بالصَّوابِ، وإليه المرجعُ والمآبُ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٩/ داماد].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

بَابُ
غَصْبِ الْعَبْدِ وَالْمُدَبَّرِ وَالْجِنَايَةِ فِي ذَلِكَ

قَالَ: وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدِهِ، ثُمَّ غَصَبَهُ رَجُلٌ وَمَاتَ فِي يَدِهِ مِنَ الْقَطْعِ؛ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ أَقْطَعَ، وَإِنْ كَانَ الْمَوْلَىٰ قَطَعَ يَدَهُ في يَدِ الْغَاصِبِ، فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ؛ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

غاية البيان

بَابُ
غَصْبِ الْعَبْدِ وَالْمُدَبَّرِ وَالْجِنَايَةِ فِي ذَلِكَ

أي: في العبدِ والمُدَبَّرِ، لمَّا ذَكَرَ جنايةَ العبدِ والمُدَبَّرِ: ذَكَرَ في هذا البابِ جنايتَهما مع غَصْبِهما؛ لأنَّ المُفْرَدَ قبلَ المُرَكَّبِ، ثُمَّ جَرَّ كلامَه إلىٰ بيانِ حُكْمِ غَصْبِ الصَّبِي.

[٣/٤٦٤و] قولُه: (قَالَ: وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدِهِ، ثُمَّ غَصَبَهُ رَجُلٌ وَمَاتَ فِي يَدِهِ مِنَ الْقَطْعِ؛ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ أَقْطَعَ، وَإِنْ كَانَ الْمَوْلَىٰ قَطَعَ يَدَهُ في يَدِ الْغَاصِبِ، فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ؛ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ)، أي: قالَ في «**الجامع الصَّغيرِ**»[١]، وذلكَ لأنَّ الغَصبَ منْ أسبابِ المِلْكِ عندَنا؛ لأنَّ المضموناتِ تُمْلَكُ عندَ أداءِ الضَّمانِ مُستندًا إلىٰ أوَّلِ الغَصبِ، فلمَّا كانَ سببَ المِلْكِ كانَ تخلُّلُ الغَصبِ بينَ الجنايةِ والسِّرايةِ قاطعًا للسِّرايةِ، كما لوْ تخَلَّلَ البيعُ، وإذا بَطلَ حُكْمُ السِّرايةِ صارَ كأنَّه غَصَبَ عبدًا أَقْطَعَ اليَدِ وماتَ عندَه.

وأَوردَ أبو اللَّيثِ ﷺ سؤالًا وجوابًا فقالَ:

«**فإنْ قِيلَ**: إذا ماتَ منْ جِراحةِ المَولىٰ، فَلِمَ لَا يُجْعَلُ كأنَّ المَولىٰ قتلَه، فلَا

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص٥١٠ ـ ٥١١].

وَالْفَرْقُ أَنَّ الْغَصْبَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ لِأَنَّهُ سَبَبُ الْمِلْكِ كَالْبَيْعِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ هَلَكَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ فَتَجِبُ قِيمَتُهُ أَقْطَعَ، وَلَمْ يُوجَدْ الْقَاطِعُ فِي الْفَصْلِ الثَّانِي فَكَانَتْ السِّرَايَةُ مُضَافَةً إلَى الْبِدَايَةِ فَصَارَ الْمَوْلَى مُتْلِفًا فَيَصِيرُ مُسْتَرِدًّا، كَيْفَ وَأَنَّهُ اسْتَوْلَى عَلَيْهِ وَهُوَ اسْتِرْدَادٌ فَيَبْرَأُ الْغَاصِبُ عَنْ الضَّمَانِ. [٢٧٢/ظ]

قَالَ: وَإِذَا غَصَبَ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ، فَمَاتَ فِي يَدِهِ؛ فَهُوَ ضَامِنٌ؛ لِأَنَّ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ مُؤَاخَذٌ بِأَفْعَالِهِ.

غاية البيان

يَجِبُ عليه شيءٌ؟

قِيلَ له: الغَصْبُ صارَ فاصلًا بينَ القطعِ والهلاكِ، فلَا يَسْتَنِدُ الهلاكُ إلىٰ القطعِ، فصارَ في حُكْمِ الغاصِبِ، كأنَّ العبدَ ماتَ بآفةٍ سماويَّةٍ، ألَا تَرَىٰ أنَّ رَجُلًا لوْ قطَعَ يَدَ عَبْدِه ثُمَّ باعَه فماتَ في يَدِ المشتري ماتَ مِنْ مالِ المشتري؛ لأنَّ قَبْضَ المشتري صارَ فاصلًا بينَ القطعِ والهلاكِ، فكذلكَ هذا.

وأمَّا إذا قطَعَ المَولىٰ يدَه في يَدِ الغاصبِ فماتَ منْ ذلكَ؛ بَرِئَ الغاصبُ مِنَ الضَّمانِ؛ لأنَّ المَولىٰ صارَ مُستَرِدًّا للعبدِ لاستيلائِه عليه بالقطعِ، ثُمَّ لم يُوجَدْ ما يُبْطِلُ قَطْعَ السِّرايةِ عنِ الجنايةِ، كالمشتري إذا قَطَع يَدَ العبدِ قبلَ القبضِ؛ يَصِيرُ قابضًا، وفي الفصلِ الأوَّلِ: لَمْ يَصِرْ مُسْتَرِدًّا؛ لأنَّ القطعَ كانَ قبلَ الغَصبِ».

قولُه: (كَيْفَ وَأَنَّهُ اسْتَوْلَىٰ عَلَيْهِ)، أي: كيفَ لَا يَكُونُ المَولىٰ مُسْتَرِدًّا للعبدِ منَ الغاصبِ، والحالُ أنَّه استولَىٰ علىٰ العبدِ بالقطعِ، والاستيلاءُ استِردادٌ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا غَصَبَ الْعَبْدُ [٨/٢١٦و/م] الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ، فَمَاتَ فِي يَدِهِ؛ فَهُوَ ضَامِنٌ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**»[1]، وهذا إذا كانَ الغَصبُ ظاهرًا، فيَضْمَنُ في الحالِ يُبَاعُ فيه؛ لأنَّ أفعالَ العَبدِ مُعتبَرَةٌ، ولوْ كانَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١١].

قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ مُدَبَّرًا، فَجَنَىٰ عِنْدَهُ جِنَايَةً، ثُمَّ رَدَّهُ عَلَى الْمَوْلَىٰ، فَجَنَىٰ عِنْدَهُ جِنَايَةً أُخْرَىٰ؛ فَعَلَى الْمَوْلَىٰ قِيمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَىٰ بِالتَّدْبِيرِ السَّابِقِ أَعْجَزَ نَفْسَهُ عَنْ الدَّفْعِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَصِيرَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ فَيَصِيرُ مُبْطِلًا حَقَّ أَوْلِيَاءِ الْجِنَايَةِ إذْ حَقُّهُمْ فِيهِ وَلَمْ يَمْنَعْ إلَّا رَقَبَةً وَاحِدَةً فَلَا يُزَادُ عَلَىٰ قِيمَتِهَا، وَيَكُونُ بَيْنَ وَلِيِّ الْجِنَايَتَيْنِ نِصْفَيْنِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الْمُوجَبِ.

غاية البيان

الغَصبُ ظَهَر بإقرارِه؛ لَا يَجِبُ إلَّا بالعِتقِ. كذا قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ رحمه الله، وذلكَ لأنَّ الرِّقَّ يُوجِبُ الحَجْرَ في الأقوالِ دونَ الأفعالِ، وإنْ أَقَرَّ العبدُ المحجورُ بِحَدٍّ أوْ قِصاصٍ لزِمَه في الحالِ؛ لأنَّه مُبقًّى في ذلكَ علىٰ أصْلِ الحُرِّيةِ، وقدْ مَرَّ ذلكَ في كتابِ الحَجرِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ مُدَبَّرًا، فَجَنَىٰ عِنْدَهُ جِنَايَةً، ثُمَّ رَدَّهُ عَلَى الْمَوْلَىٰ، فَجَنَىٰ عِنْدَهُ جِنَايَةً أُخْرَىٰ؛ فَعَلَى الْمَوْلَىٰ قِيمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ، عن يَعْقُوبَ، عن أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في مُدَبَّرٍ لرَجُلٍ غَصَبَه رَجُلٌ، فَجَنَىٰ عندهَ جنايةً، ثمَّ ردَّه على المَولىٰ، فجَنَىٰ عندَه جنايةً أُخرىٰ، قالَ: علىٰ المَولىٰ قيمتُه نصفانِ بين وَلِيَّي الجِنايتَيْنِ[1]، ثُمَّ يَرْجِعُ المولىٰ بنصفِ قيمتِه علىٰ الغاصِبِ، فيأْخُذُه فيَدْفَعُه إلىٰ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ، ثُمَّ يَرْجِعُ به علىٰ الغاصِبِ، فيَأْخُذُ منه أيضًا.

وقالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: يَرْجِعُ المَولىٰ علىٰ الغاصِبِ [٣/٤٦٤ظ] بنصفِ القيمةِ، فيَسْلَمُ له ولَا يَدْفَعُه إلىٰ أحدٍ، فإنْ كانَ جنَىٰ عندَ المولىٰ أوَّلًا، ثُم غَصَبه رَجُلٌ فجَنىٰ عندَه جنايةً، قالَ: علىٰ المولىٰ قيمتُه نصفيْنِ بينَ وَلِيَّي الجنايتَيْنِ، ثُم يَرْجِعُ

(١) في «الأصل»: «الجناية». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

....

بنصفِ القيمةِ، فيَدْفَعُها إلىٰ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ، ولَا يَرْجِعُ به في قولِهم جميعًا»[١]. إلىٰ هنا لفظُ مُحَمَّدٍ ﷺ في أصلِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

ويَنْبَغِي أنْ يَكُونَ وجوبُ القيمةِ علىٰ المولىٰ إذا كانَتِ القيمةُ أقلَّ مِنَ الأَرْش؛ لأنَّ حُكْمَ جنايةِ المُدَبَّرِ أنْ يَلْزَمَ الأقلُّ منهما علىٰ المولىٰ.

فنَقُولُ بعدَ ذلكَ: إنَّما وَجَبَ علىٰ المولىٰ قيمةُ المُدَبَّرِ بينَ وَلِيَّي الجنايتَيْنِ نصفَيْنِ؛ لأنَّه بالتَّدبيرِ السَّابقِ صارَ مانعًا لدَفْعِ المُدَبَّرِ؛ لأنَّه لَا يَقْبَلُ النَّقلَ مِنْ مِلْكٍ إلىٰ مِلْكٍ علىٰ وجهٍ لَمْ يَصِرْ مُختارًا للفِداءِ؛ لانعدامِ العلمِ بجنايةٍ تُوجَدُ في المستقبلِ حينَ دَبَّرَهُ، فيَلْزَمُه القيمةُ عليه بينهما؛ لأنَّ العبدَ لوْ كانَ محلَّ الدَّفعِ ما كانَ يَلْزَمُه إلَّا دفْعٌ واحدٌ.

فعندَ تَعذُّرِ الدَّفعِ: لَا يَلْزَمُه إلَّا قيمةٌ واحدةٌ، فيُعْطَىٰ نصفَ القيمةِ لِوَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ، ونصفُه لِوَلِيِّ الجنايةِ الثَّانيةِ، وقدْ بَقِيَ حقُّ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ في نصفِ القيمةِ؛ لأنَّ حقَّه كانَ في كلِّ القيمةِ؛ لأنَّه حينَ جنَىٰ أوَّلًا كانَ فارغًا عنِ الجنايةِ الثَّانيةِ، فاستحقَّ وَلِيُّ الجنايةِ الأُولىٰ كلَّ القيمةِ، وقدْ وَصَل إليه النِّصفُ، وبَقِيَ حقُّه في النِّصفِ الآخرِ.

وحقُّ وَلِيِّ الجنايةِ [٨/٢١٦ظ/م] الثَّانيةِ في نصفِ القيمةِ لَا غيرَ؛ لأنَّه حينَ جنَىٰ ثانيًا كانَ مشغولًا بالجنايةِ الأُولىٰ، فيَرْجِعُ المولىٰ علىٰ الغاصِبِ بنصفِ القيمةِ، ويَدْفَعُها إلىٰ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ إكمالًا لِحَقِّه، ثُمَّ يَرْجِعُ المولىٰ به علىٰ الغاصِبِ؛ لأنَّه اسْتُحِقَّ عليه بسببٍ كانَ في ضمانِ الغاصبِ[٢]، ولم يَسْلَمْ له، فصارَ كأنَّه لم

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١١].

(٢) في «الأصل»: «الغصب». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

قَالَ (وَيَرْجِعُ الْمَوْلَىٰ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ عَلَى الْغَاصِبِ) لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْبَدَلِ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْعَبْدِ بِهَذَا السَّبَبِ.

قَالَ (وَيَدْفَعُهُ إِلَىٰ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَىٰ ثُمَّ يَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى الْغَاصِبِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ﵄. وَقَالَ مُحَمَّدٌ ـ ﵀ ـ: يَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ فَيُسَلَّمُ لَهُ) لِأَنَّ الَّذِي يَرْجِعُ بِهِ الْمَوْلَىٰ عَلَى الْغَاصِبِ عِوَضُ مَا سَلَّمَ لِوَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَىٰ فَلَا يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَىٰ اجْتِمَاعِ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ فِي مِلْكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ، وَكَيْلَا يَتَكَرَّرَ الِاسْتِحْقَاقُ.

غاية البيان

يَأْخُذُها مِنَ الغاصبِ، وإذا رَجَعَ بالنِّصفِ على الغاصبِ ثانيًا؛ سَلِمَ للمولىٰ ذلكَ؛ لأنَّه وَصَلَ إلىٰ أولياءِ الجنايةِ تمامُ حقِّهم، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ وأبي يُوسُفَ ﵄.

وقالَ مُحَمَّدٌ ﵀: إذا رَجَعَ المولىٰ على الغاصِبِ بنِصفِ القيمةِ أوَّلَ مرَّةٍ؛ يَسْلمُ له ولَا يَدْفَعُه إلىٰ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ؛ لأنَّ ما رَجَعَ به على الغاصبِ عِوَضُ ما دفعَ إلىٰ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ؛ لأنَّه إنَّما ضَمِنَ نصفَ القيمةِ لِوَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ بجنايةٍ؛ كانَتْ في ضمانِ الغاصبِ، فلو دَفعَ إليه ما رَجَع به على الغاصبِ؛ يَجْتَمِعُ العِوَضُ والمُعَوَّضُ في مِلْك وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ، وهذا لَا يَجُوزُ.

وجوابُه: ما قالَ فخرُ الدِّين قاضي خان ﵀: إنَّ ما أَخَذ المولىٰ مِن الغاصبِ هوَ بدَلٌ عنِ المدفوعِ إلىٰ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ منَ العبدِ، فيما بينَ المولىٰ والغاصبِ.

فأمَّا في حقِّ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ: لَا يُعْتَبَرُ بَدَلًا عنِ العبدِ، بلْ يُعْتَبَرُ بَدَلًا عنِ الميِّت، ويَكُونُ الشيءُ الواحدُ بَدَلًا عنْ عينٍ في حقِّ إنسانٍ، ويَكُونُ بدلًا عنْ شيءٍ آخرَ في حقِّ غيرِه، كالنَّصرانِيِّ إذا باعَ الخَمرَ، وقَضَىٰ منه دَيْنَ المُسْلمِ يَجُوزُ، ويَكُونُ المأخوذُ بَدَلَ الخَمرِ في حقِّ النَّصرانِيِّ، وفي حقِّ المُسلمِ بَدَلَ دَيْنِهِ، كذا هنا.

هذا إذا كانَتِ الجنايةُ الأُولىٰ عندَ الغاصبِ، والجنايةُ الثَّانيةُ عندَ المولىٰ،

وَلَهُمَا أَنَّ حَقَّ الْأَوَّلِ فِي جَمِيعِ الْقِيمَةِ لِأَنَّهُ حِينَ جَنَىٰ فِي حَقِّهِ لَا يُزَاحِمُهُ أَحَدٌ، وَإِنَّمَا انْتَقَصَ بِاعْتِبَارِ مُزَاحَمَةِ الثَّانِي فَإِذَا وَجَدَ شَيْئًا مِنْ بَدَلِ الْعَبْدِ فِي يَدِ الْمَالِكِ فَارِغًا يَأْخُذُهُ لِيُتِمَّ حَقَّهُ فَإِذَا أَخَذَهُ مِنْهُ يَرْجِعُ الْمَوْلَىٰ بِمَا أَخَذَهُ عَلَى الْغَاصِبِ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ مِنْ يَدِهِ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ.

غاية البيان

فإنْ كانَتِ الجنايةُ الأُولىٰ عندَ المولىٰ، ثمَّ غَصَبَه غاصبٌ، فجَنىٰ عندَه جنايةً أُخرىٰ [٤٦٥/٣و]؛ فإنَّ المولىٰ يَدْفَعُ قيمتَه إلىٰ وَلِيِّ الجنايتَيْنِ نصفَيْنِ، ثمَّ يَرْجِعُ علىٰ الغاصبِ بنصفِ القيمةِ، ويَدْفَعُ إلىٰ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ، ولَا يَرْجِعُ به علىٰ الغاصبِ مرةً أُخرىٰ، وهذا بالإجماعِ.

والفرقُ لِمُحَمَّدٍ ﷺ: في أنَّه يَدْفَعُ بما رَجَعَ به علىٰ الغاصبِ إلىٰ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ، وفي المسألةِ [الأُولىٰ لا][1] يَدْفَعُه إليه، بَلْ يَسْلَمُ ذلكَ للمولىٰ عندَه، أنَّ ما رَجَعَ به علىٰ الغاصبِ هنا ليسَ عِوَضُ ما ضَمِنَ لِوَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ، فلوْ دفَعَ إلىٰ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ؛ لَا يُؤَدِّي إلىٰ تكرارِ الاستحقاقِ، بخلافِ المسألةِ الأُولىٰ، فإنَّ ما رَجَعَ به علىٰ الغاصبِ ثَمَّةَ عِوَضُ ما ضَمِن لِوَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ، فلوْ دَفَعَه إلىٰ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ؛ يُؤَدِّي إلىٰ تكرارِ [٢١٧/٨و/م] الاستحقاقِ، فيَلْزَمُ الجمعُ بينَ العِوَضِ والمُعَوَّضِ في مِلْكٍ واحدٍ، فلَا يَجُوزُ، فلهذا سَلِمَ ما رَجَع به علىٰ الغاصبِ للمولىٰ.

والفرْقُ لهما: في عدمِ الرُّجوعِ علىٰ الغاصبِ ثانيًا هنا، وفي الرُّجوعِ ثانيًا في المسألةِ الأُولىٰ: إنَّ وَلِيَّ الجنايةِ الأُولىٰ استحَقَّ هذا النِّصفَ بسببٍ كانَ في ضمانِ المولىٰ، لَا في ضمانِ الغاصبِ[2]، فلهذا لم يَرْجِعْ علىٰ الغاصبِ ثانيًا، بخلافِ الفصلِ الأوَّلِ: فإنَّ وَلِيَّ الجنايةِ الأُولىٰ استحقَّ هذا النِّصفَ بسببٍ كانَ في ضمانِ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) في «الأصل»: «الغصب». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

قَالَ (وَإِنْ كَانَ جَنَىٰ عِنْدَ الْمَوْلَىٰ فَغَصَبَ رَجُلٌ فَجَنَىٰ عِنْدَهُ جِنَايَةً أُخْرَىٰ فَعَلَى الْمَوْلَىٰ قِيمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ الْقِيمَةِ عَلَى الْغَاصِبِ) **لِمَا بَيَّنَّا فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ، غَيْرَ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ النِّصْفِ حَصَلَ بِالْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ** إِذْ كَانَتْ هِيَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَيَدْفَعُهُ إِلَىٰ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَىٰ **وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ**. ....

غاية البيان

الغاصبِ، فلهذا رَجَع عليه ثانيًا، وبيانُ قيمةِ المُدَبَّرِ مَرَّ في بابِ البيعِ الفاسدِ.

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ)، أي: فيما إذا جنَى المُدَبَّرُ في يدِ الغاصبِ، ثمَّ في يدِ المولىٰ.

قولُه: (غَيْرَ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ النِّصْفِ حَصَلَ بِالْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ)... إلىٰ آخرِه، نَصْبٌ علىٰ الاستثناءِ، ذَكَرَه فَرقًا لمُحَمَّدٍ بينَ المسألةِ الأُولىٰ والثَّانيةِ، أنَّ في الأُولىٰ: كانَ يَسْلَمُ النِّصفُ الَّذي رَجَع به علىٰ الغاصبِ للمولىٰ عندَه، وفي الثَّانيةِ: لَا يَسْلَمُ له، بل يَدْفَعُه إلىٰ وَلِيِّ الجناية الأُولىٰ، والفرْقُ ما قرَّرْناه آنفًا.

قولُه: (وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ)، أي: لَا يَرْجِعُ المولىٰ مرَّةً ثانيةً بالنِّصفِ الَّذي رَجَع[1] به علىٰ الغاصبِ ودَفَعَه إلىٰ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ.

قولُه: (وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ)، أي: عدمُ رجوعِ المولىٰ علىٰ الغاصبِ في المسألةِ الثَّانيةِ بالإجماعِ، بخلافِ المسألةِ الأُولىٰ؛ فإنَّ ثَمَّةَ كانَ يَرْجِعُ المولىٰ عليه عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵁ وأبي يُوسُفَ أيضًا مرَّة ثانيةً، وهما يَحْتَاجَانِ إلىٰ الفرقِ، والفرْقُ ما قرَّرْناه آنفًا.

ثُمَّ اعلمْ: أنَّ الْقُدُورِيَّ ﵀ ذكَر في كتابِ «**التَّقريبِ**»: قولَ أبي حَنِيفَةَ ﵁ وَحْدَه، وذكَر قولَ زُفَرَ وأبي يُوسُفَ فيه مع مُحَمَّدٍ ﵃.

(١) في «الأصل»: «يَرْجع». والمثبت من: «م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

ثُمَّ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْعَبْدِ:

قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ [٢٧٣/و] عَبْدًا فَجَنَىٰ فِي يَدِهِ ثُمَّ رَدَّهُ فَجَنَىٰ جِنَايَةً أُخْرَىٰ فَإِنَّ الْمَوْلَىٰ يَدْفَعُهُ إِلَىٰ وَلِيِّ الْجِنَايَتَيْنِ ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَىٰ الْغَاصِبِ بِنِصْفِ الْقِيمَةِ فَيَدْفَعُهُ إِلَىٰ الْأَوَّلِ وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَىٰ الْغَاصِبِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رضي الله عنهما. وَقَالَ مُحَمَّدٌ ـ رحمه الله ـ: يَرْجِعُ بِنِصْفِ الْقِيمَةِ فَيَسْلَمُ لَهُ، وَإِنْ جَنَىٰ عِنْدَ الْمَوْلَىٰ ثُمَّ غَصَبَهُ فَجَنَىٰ فِي يَدِهِ دَفَعَهُ الْمَوْلَىٰ نِصْفَيْنِ وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ فَيَدْفَعُهُ إِلَىٰ الْأَوَّلِ وَلَا يَرْجِعُ بِهِ.

غاية البيان

قولُه: (ثُمَّ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْعَبْدِ)، أي: وَضَعَ مُحَمَّدٌ في «الجامع الصَّغير» مسألةَ العبدِ القِنِّ، وهيَ أنَّ رجلًا غَصَبَ عبدًا، فقتَلَ العبدُ عندَه قتيلًا خطأً، ثمَّ ردَّه إلىٰ مولاهُ فقتَلَ عندَ المولىٰ رَجُلًا خطأً، فدَفَعَه مولاه إلىٰ وَلِيَّي الجنايتَيْنِ، قالَ: يَرْجِعُ علىٰ الغاصبِ بنصفِ قيمةِ العبدِ، ويَدْفَعُ ذلكَ إلىٰ وَلِيِّ الجنايةِ [الأُولىٰ][(١)]، ثمَّ يَرْجِعُ علىٰ الغاصبِ بنصفِ قيمةٍ أُخرىٰ، ويَسْلَمُ له هذا.

وقالَ [٤٦٥/٣ظ] مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ رحمهما الله: ما أَخَذَ المولىٰ مِنَ الغاصبِ منْ نصفِ قيمةِ العبدِ بعدَ دَفْعِ العبدِ يَسْلَمُ له، ولَا يُدْفَعُ إلىٰ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ، ولوْ غَصَبَ [عبدًا][(١)] كانَ قَتَلَ عندَ مولاه رَجُلًا خطأً، ثمَّ قَتَلَ عندَ الغاصبِ قَتيلًا خطأً، ثمَّ ردَّه علىٰ مولاه؛ فإنَّ المولىٰ يَدْفَعُه بالجنايتَيْنِ، ويَرْجِعُ علىٰ [٢١٧/٨ظ/م] الغاصبِ بنصفِ القيمةِ، ويَدْفَعُه إلىٰ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ في قولِهم جميعًا، ثمَّ لَا يَرْجِعُ علىٰ الغاصبِ بشيءٍ بعدَ ذلكَ.

والحاصلُ: أنَّ الجوابَ في العبدِ القِنِّ كالجوابِ في العبدِ المُدَبَّرِ في الاتِّفاقِ والاختلافِ سواءً، إلَّا أنَّ [في][(١)] المُدَبَّرِ يَدْفَعُ القيمةَ؛ لأنَّه لَا يَحْتَمِلُ النَّقلَ مِنْ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(وَالْجَوَابُ فِي الْعَبْدِ كَالْجَوَابِ فِي الْمُدَبَّرِ) فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا، إِلَّا أَنَّ فِي هَذَا الْفَصْلِ يَدْفَعُ الْمَوْلَىٰ الْعَبْدَ وَفِي الْأَوَّلِ يَدْفَعُ الْقِيمَةَ.

قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ مُدَبَّرًا، فَجَنَىٰ عِنْدَهُ جِنَايَةً، ثُمَّ رَدَّهُ عَلَىٰ الْمَوْلَىٰ، ثُمَّ غَصَبَهُ، ثُمَّ جَنَىٰ عِنْدَهُ جِنَايَةً؛ فَعَلَىٰ الْمَوْلَىٰ قِيمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ؛ لِأَنَّهُ مَنَعَ رَقَبَةً وَاحِدَةً بِالتَّدْبِيرِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ (ثُمَّ يَرْجِعُ بِقِيمَتِهِ عَلَىٰ الْغَاصِبِ) لِأَنَّ الْجِنَايَتَيْنِ كَانَتَا فِي يَدِ الْغَاصِبِ (فَيَدْفَعُ نِصْفَهَا إِلَىٰ الْأَوَّلِ)؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ كُلَّ الْقِيمَةِ، لِأَنَّ عِنْدَ وُجُودِ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ لَا حَقَّ لِغَيْرِهِ، وَإِنَّمَا انْتَقَصَ بِحُكْمِ الْمُزَاحِمَةِ مِنْ بَعْدِ.

غاية البيان

مِلْكٍ إلىٰ مِلْكٍ، وفي القِنِّ يَدْفَعُ نَفْسَ العبدِ، فافْهَمْهُ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ مُدَبَّرًا، فَجَنَىٰ عِنْدَهُ جِنَايَةً، ثُمَّ رَدَّهُ عَلَىٰ الْمَوْلَىٰ، ثُمَّ غَصَبَهُ، ثُمَّ جَنَىٰ عِنْدَهُ جِنَايَةً؛ فَعَلَىٰ الْمَوْلَىٰ قِيمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ عنْ يَعْقُوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﵁: في مُدَبَّرٍ غَصَبَهُ رَجُلٌ، فجنَىٰ عندَه جنايةً، ثمَّ ردَّه علىٰ المولىٰ، ثمَّ غَصَبَهُ أيضًا فجنَىٰ عندَه، قالَ: يَغْرَمُ مولىٰ المُدَبَّرِ قيمةً واحدةً بينَ وَلِيَّيِ الجنايتَيْنِ، ثمَّ يَرْجِعُ بقيمتِه علىٰ الغاصبِ فيَأْخُذُها، فيَدْفَعُ نصفَها إلىٰ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ، ثمَّ يَرْجِعُ بنصفِ القيمةِ علىٰ الغاصبِ»[1].

وإنَّما غَرِمَ المولىٰ قيمةً واحدةً لِوَلِيَّيِ الجنايتَيْنِ؛ لأنَّ جناياتِ المُدَبَّرِ وإنْ كَثُرَتْ؛ لَا تُوجِبُ إلَّا قيمةً واحدةً، فيَرْجِعُ بجميعِ ما ضَمِنَ علىٰ الغاصبِ؛ لأنَّه إنَّما ضَمِنَ بسببِ جنايةٍ كانَتْ في ضمانِ الغاصبِ، فإذا رَجَعَ بذلكَ دَفَعَ نصفَ ذلكَ إلىٰ وَلِيِّ الجنايةِ الأُولىٰ؛ لأنَّ حقَّه كانَ في جميعِ القيمةِ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١١].

قَالَ (وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ) لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِهِ وَيُسَلِّمُ لَهُ، وَلَا يَدْفَعُهُ إلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى، وَلَا إلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إلَّا فِي النِّصْفِ لِسَبْقِ حَقِّ الْأَوَّلِ وَقَدْ وَصَلَ ذَلِكَ إلَيْهِ. ثُمَّ قِيلَ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى الِاخْتِلَافِ كَالْأُولَى، وَقِيلَ: عَلَى الِاتِّفَاقِ.

غاية البيان

وإنَّما وصَلَ إليه النِّصفُ بمزاحمَةِ الثَّاني، فإذا وجدَ شيئًا منْ قيمةِ المُدبَّرِ فارغًا عنِ المُزاحمةِ أخَذَه، ثمَّ يَرْجِعُ المولى على الغاصبِ بهذا النِّصفِ ثانيًا؛ لأنَّه استحَقَّ عليه بسببٍ كانَ في ضمانِ الغاصبِ، فيَسْلَمُ للمولى هذا النِّصفَ؛ لأنَّه وَصَل إلى وَلِيِّ الجنايةِ الأُولى تمامُ حقِّه، وهوَ كلُّ القيمةِ، وكذا وَصَل إلى وَلِيِّ الجنايةِ الثَّانيةِ تمامُ حقِّه منْ قيمةِ المُدَبَّرِ؛ لأنَّ حقَّه كانَ في النِّصفِ، وقدْ وَصَلَ إليه النِّصفُ.

قولُه: (وَقَدْ وَصَلَ ذَلِكَ إلَيْهِ)، أي: وَصل النِّصفُ إلى وَلِيِّ الجنايةِ الثَّانيةِ.

قولُه: (ثُمَّ قِيلَ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى الِاخْتِلَافِ كَالْأُولَى)، يَعْنِي: قالَ بعضُ المشايخِ رحمهم الله: يتحقَّقُ في هذه المسألةِ خلافُ[1] مُحَمَّدٍ رحمه الله أيضًا كما في المسألةِ الأُولى، حتَّى يَسْلَمَ للمولى ما رَجَعَ به مِنَ القيمةِ على الغاصبِ، ولَا يَأْخُذُ وَلِيُّ الجنايةِ الأُولى باقِيَ حقِّه.

قولُه: (وَقِيلَ: عَلَى الِاتِّفَاقِ)، يَعْنِي: لَا خلافَ لمُحَمَّدٍ رحمه الله في هذه المسألةِ، بلْ يَأْخُذُ وَلِيُّ الجنايةِ الأُولى تمامَ حقِّه، وهوَ نصفُ القيمةِ منَ المولى إذا رَجَعَ على الغاصبِ، وهذا هوَ الصَّحيحُ؛ لأنَّ مُحَمَّدًا رحمه الله ذكَر هذه [٣/٤٦٦و] المسألةَ في «الجامعِ الصَّغيرِ» بلا خلافٍ، وهكذا قرَّرَ هذه المسألةَ بلا خلافٍ فخرُ الإسلامِ وغيرُه رحمهم الله في «شروحِ الجامعِ الصَّغيرِ»، فعلى هذا: يَحْتَاجُ مُحَمَّدٌ إلى الفرقِ بينَ المسألتَيْنِ.

والفرْقُ ما ذكَرَه في «المتنِ»: وهوَ أنَّ في المسألةِ [٨/٢١٨و/م] الأُولى: لوْ أخَذَ

---

(١) في «الأصل»: «بخلاف». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

وَالْفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ أَنَّ فِي الْأُولَىٰ الَّذِي يَرْجِعُ بِهِ عِوَضٌ عَمَّا سَلَّمَ لِوَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَىٰ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ[1] كَانَتْ فِي يَدِ الْمَالِكِ، فَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ ثَانِيًا يَتَكَرَّرُ الِاسْتِحْقَاقُ، فَأَمَّا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَيُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ عِوَضًا عَنْ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ لِحُصُولِهَا فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَلَا يُؤَدِّي إِلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ صَبِيًّا حُرًّا، فَمَاتَ فِي يَدِهِ فُجَاءَةً، أَوْ بِحُمَّىٰ؛ فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَإِنْ مَاتَ مِنْ صَاعِقَةٍ، أَوْ نَهَشَتْهُ حَيَّةٌ؛ فَعَلَىٰ عَاقِلَةِ الْغَاصِبِ [٢٧٣/ظ] الدِّيَةُ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَضْمَنَ فِي الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ

وَلِيُّ الجنايةِ الأُولىٰ؛ يَلْزَمُ تكرارُ الاستحقاقِ؛ لأنَّ ما رَجَعَ به المولىٰ علىٰ الغاصبِ عِوَضُ ما أخَذَه وَلِيُّ الجنايةِ الأُولىٰ؛ لأنَّ الجنايةَ الثَّانيةَ كانَتْ في يَدِ المولىٰ، فلأَجْلِ هذا سَلِمَ ذلكَ للمولىٰ عندَه، كَيْلَا يَلْزَمَ اجتماعُ البَدَلِ والمُبْدَلِ في مِلْكٍ واحدٍ، وفي هذه المسألةِ يُمْكِنُ أن يُجْعَلَ ذلكَ عِوَضًا عنِ الجنايةِ الثَّانيةِ الَّتي وقعَتْ في يدِ الغاصبِ، فلَا يُؤَدِّي إلىٰ تكرارِ الاستحقاقِ.

قولُه: (لِأَنَّ الْجِنَايَةَ كَانَتْ فِي يَدِ الْمَالِكِ)، أي: الجنايةُ الثَّانيةُ كانَتْ في يَدِ المولىٰ.

قولُه: (فَلَا يُؤَدِّي إِلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ)، أي: إلىٰ تكرارِ الاستحقاقِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ صَبِيًّا حُرًّا، فَمَاتَ فِي يَدِهِ فُجَاءَةً، أَوْ بِحُمَّىٰ؛ فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَإِنْ مَاتَ مِنْ صَاعِقَةٍ، أَوْ نَهَشَتْهُ حَيَّةٌ؛ فَعَلَىٰ عَاقِلَةِ الْغَاصِبِ الدِّيَةُ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**»[2].

وأرادَ بغَصْبِ الصَّبيِّ أَخْذَه بسبيلِ التَّعدِّي؛ لأنَّ حقيقةَ الغَصْبِ ـ وهوَ أَخْذُ

(١) في حاشية الأصل: «خ: الثانية».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٢].

وَالشَّافِعِيِّ، لِأَنَّ الْغَصْبَ فِي الْحُرِّ لَا يَتَحَقَّقُ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مُكَاتَبًا صَغِيرًا لَا يَضْمَنُ مَعَ أَنَّهُ حُرٌّ يَدًا، فَإِذَا كَانَ الصَّغِيرُ حُرًّا رَقَبَةً وَيَدًا أَوْلَىٰ.

غاية البيان

مالِ الغيرِ بسبيلِ التَّعدِّي ـ لا يَكُونُ إلَّا في المالِ لَا في غيرِه.

وقالَ زُفَرُ والشَّافِعِيُّ[1] ﷺ: لَا يَجِبُ شيءٌ، وهوَ القياسُ.

وجهُ القياسِ: أنَّه لوْ وَجَبَ الضَّمانُ لَوَجَبَ بالغَصبِ، ولَا يَتَحَقَّقُ الغَصبُ في الحُرِّ، فلَا يَضْمَنُ قياسًا علىٰ ما لوْ ماتَ فُجَاءةً، أو ماتَ بحُمَّىٰ، ولهذا لَا يَجِبُ الضَّمانُ إذا غَصَبَ مُكاتبًا صغيرًا؛ لكونِه حُرًّا يدًا، وإنْ لَمْ يَكُنْ حُرًّا رَقبةً، فلَأَنْ لَا يَجِبُ الضَّمانُ في الصَّبِيِّ الحُرِّ أَولىٰ؛ لأنَّه حُرٌّ رَقبةً ويَدًا.

وجهُ الاستحقاقِ: أنَّه لَا يَجِبُ عليه الضَّمانُ منْ حيثُ إنَّه غَصْبٌ؛ لأنَّه لَا يَتَحَقَّقُ في الحُرِّ، وإنَّما يَضْمَنُ مِن حيثُ إنَّه إتلافٌ؛ لأنَّه أتلفَ الصَّبِيَّ تَسبيبًا، والمُسَبِّبُ يَضْمَنُ إذا كانَ مُتَعَدِّيًا، وهوَ مُتَعَدٍّ لَا شكَّ فيه؛ لأنَّه أخَذَه بلا إِذْنِ الوَلِيِّ، وسبَّبَ في إتلافِه بالنَّقلِ إلىٰ المَسْبَعَةِ[2]، ومكانِ الصَّواعقِ.

وهذا لأنَّ السَّبُعَ والصَّاعقةَ لَا يَكُونَانِ في كلِّ مكانٍ؛ فيَكُونُ ضامنًا، بخلافِ ما إذا ماتَ فُجاءةً أو بحُمَّىٰ؛ لأنَّ ذلكَ لَا يَخْتَلِفُ باختلافِ المكانِ حتَّىٰ لو نقَلَه إلىٰ موضعٍ وَبِيءٍ، وهوَ مخصوصٌ بالحُمَّىٰ والأمراضِ، قالُوا: يَنْبَغِي أنْ يَضْمَنَ.

والجوابُ عن مسألةِ المُكاتَبِ الصَّغيرِ: إنَّ المُكاتَبَ في يدِ نفسِه صغيرًا كانَ أو كبيرًا، ولهذا لَا يُزَوِّجُه أحدٌ، فصارَ كالحُرِّ الكبيرِ، فلَمْ يَكُنْ في يدِ الغاصبِ، والصَّبِيُّ الحُرُّ ليسَ له [٨/٢١٨ظ/م] يَدٌ، ولهذا يُزَوِّجُه وَلِيُّه، فكانَ في يدِ الغاصبِ، فظَهَرَ الفرقُ، وإنَّما وَجَبَ الدِّيةُ علىٰ العاقِلَة لكونِه قتْلًا تَسبيبًا، ولوْ قَتَل الصَّبيُّ

(١) ينظر: «كفاية النَّبيه» لابن الرِّفعة [١٠/٤٩٠].

(٢) المَسْبَعَةُ: الأَرضُ الكثيرةُ السِّباع. وقد تقدم التعريف بذلك.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِالْغَصْبِ وَلَكِنْ يَضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ، وَهَذَا إِتْلَافٌ تَسَبُّبًا لِأَنَّهُ نَقَلَهُ إِلَىٰ أَرْضٍ مَسْبَعَةٍ أَوْ إِلَىٰ مَكَانِ الصَّوَاعِقِ، وَهَذَا لِأَنَّ الصَّوَاعِقَ وَالْحَيَّاتِ وَالسِّبَاعَ لَا تَكُونُ فِي كُلِّ مَكَان، فَإِذَا نَقَلَهُ إِلَيْهِ فَهُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ وَقَدْ أَزَالَ حِفْظَ الْوَلِيِّ فَيُضَافُ إِلَيْهِ، لِأَنَّ شَرْطَ الْعِلَّةِ يُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ الْعِلَّةِ إذَا كَانَ تَعَدِّيًا كَالْحَفْرِ فِي الطَّرِيقِ، بِخِلَافِ الْمَوْتِ فَجْأَةً أَوْ بِحُمَّىٰ، لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ، حَتَّىٰ لَوْ نَقَلَهُ إِلَىٰ مَوْضِعٍ يَغْلِبُ فِيهِ الْحُمَّىٰ وَالْأَمْرَاضُ نَقُولُ بِأَنَّهُ يَضْمَنُ فَتَجِبُ الدِّيَةُ عَلَىٰ الْعَاقِلَةِ لِكَوْنِهِ قَتْلًا تَسْبِيبًا.

﴾ غاية البيان ﴿

رَجُلًا لَمْ يَكُنْ [٣/٤٦٦ظ] علىٰ الَّذي اغتَصَبه شيءٌ؛ لأنَّه مُختارٌ فيه، والَّذي غَصَبَه ليسَ بمُسَبِّب في ذلكَ، فلَا يَضْمَنُ شيئًا.

وإذا حَمَلَ الرَّجلُ الصَّبِيَّ الحُرَّ علىٰ دابَّةٍ، وقالَ له: أَمْسِكْها، وليسَ منه بسبيلٍ، فسَقَطَ الصَّبيُّ عن الدَّابَّة فماتَ؛ فالرَّجلُ ضامنٌ لِدِيَتِه علىٰ عاقِلَتِه، سواءٌ كانَ صبيًّا يَركَبُ مثله، أوْ لَا يَرْكَبُ؛ لأنَّ الحامِلَ سبَّبَ لِقَتْلِه؛ لأنَّه لولا حَمْلُه لِمَا سَقَطَ، وهوَ مُتَعَدٍّ في ذلكَ إذا لَمْ يَكُنْ بسبيلٍ منه شرعًا، والمُسبِّبُ كالمباشرِ في هذا البابِ إذا كانَ مُتَعَدِّيًا، أصْلُه: حافرُ البئرِ.

ولوْ سارَ الصَّبِيُّ فأَوْطأَ إنسانًا فقَتلَه وهوَ يَسِيرُ علىٰ الدَّابَّةِ، يَسْتَمسِكُ علىٰ الدَّابَّةِ، فَدِيَةُ القتيلِ علىٰ عاقِلَتِه؛ لأنَّه أَحدَثَ السَّيْرَ بغيرِ أَمْرِ الرَّجُلِ، يُرِيدُ به أنَّه مُختارٌ في تَسْييرِ الدَّابَّةِ، وهذا شيءٌ حدَثَ بسيرِ الدَّابَّةِ، وهوَ مضافٌ إلىٰ الصَّبِيِّ لَا إلىٰ الحاملِ؛ لأنَّ الحَمْلَ ليسَ بسبَبٍ لِسَيْرِ الدَّابَّةِ.

ولوْ كانَ سببًا فقدِ اعترضَ عليه فِعْلُ فاعلٍ مُختارٍ، وانقطعَ نسبةُ أَثَرِ السَّيرِ منه، ولوْ كانَ الصَّبِيُّ لَا يَسْتَمسكُ علىٰ الدَّابَّةِ، ولَا يُسَيِّرُ الدَّابَّةَ، فَدَمُ القتيلِ هَدَرٌ؛ لأنَّ سَيْرَ الدَّابَّةِ لَا يُضَافُ إليه، ولَا إلىٰ الحاملِ، فصارَ قَتيلُ الدَّابَّةِ، فيَهْدِرُ دَمُهُ.

قَالَ: وَإِذَا أُودِعَ صَبِيٌّ عَبْدًا فَقَتَلَهُ ؛ فَعَلَىٰ عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ ، وَإِنْ أُودِعَ طَعَامًا ، فَأَكَلَهُ ؛ لَمْ يَضْمَنْ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمهما الله . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ:

غاية البيان

ولَوْ كانَ الصَّبِيُّ مُسْتَمسكًا عليها ، أوْ غيرَ مُسْتَمسكٍ ، فسارَتِ الدَّابَّةُ فوقَعَ الصَّبِيُّ ، وهوَ يَسِيرُ فماتَ ؛ فَدِيَتُه علىٰ عاقِلَةِ الَّذي حَمَلَه علىٰ الدَّابَّةِ ؛ لأنَّ السُّقوطَ مِن مُسَبِّباتِ الحَمْلِ ، سارَتِ الدَّابَّةُ ، أوْ لَمْ تَسِرْ ، فنسبَ إلىٰ الحَمْل بشَرْطِ التَّعدِّي.

وإذا حملَ الرَّجلُ صَبِيًّا مع نفسِه علىٰ دابَّةٍ ، ومثلُه لَا يَصْرِفُ الدَّابَّةَ ، ولَا يَسْتَمْسِكُ عليها ، فَوَطِئَتِ الدَّابَّةُ إنسانًا فقتَلَتْه ؛ فالدِّيَةُ علىٰ عاقِلَةِ الرَّجلِ ؛ لأنَّ سَيْرَ الدَّابَّةِ يُضافُ إلىٰ الرَّجلِ ، والصَّبِيُّ بمنزلةِ حَمْلٍ عليه ، ويَجِبُ عليه الكفَّارةُ ؛ لأنَّه بالسَّيرِ يَسْتَعْمِلُ رِجْلَ الدَّابَّةِ في السَّيرِ ، فصارَ رِجْلُ الدَّابَّةِ كَرِجْلِه ، فكأنَّه وَطِئَ بِرِجْلِ نفسِه ، ولوْ كانَ كذلكَ يَكُونُ قاتلًا بطريقِ المباشرةِ ، فتَلْزَمُه الكفَّارةُ ، كذا هذا.

وإنْ كانَ الصَّبِيُّ ممَّنْ يُصَرِّفُ الدَّابَّةَ ، ويَسِيرُ عليها ويَسْتَمْسِكُ ؛ فالدِّيَةُ علىٰ عاقلتِهما ؛ لأنَّه حينئذٍ يَكُونُ سَيْرُ الدَّابَّة مُضافًا إليهما ، فما حدَثَ بسببِ السَّيرِ [٢١٩/٨و/م] يَكُونُ عليهما ، ولَا يَرْجِعُ به علىٰ عاقِلَةِ الرَّجلِ ؛ لأنَّه مُختارٌ في فِعْلِ التَّسْيِيرِ ليسَ بمحمولٍ من جهَةِ الرَّجُلِ. كذا ذَكر شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِيجَابيُّ في «شرحِ الكافي» في بابِ جِنايةِ الصَّبِيِّ.

يُقالُ: نَهَشَتْهُ الحَيَّةُ نَهْشًا ؛ إذا عَضَّتهُ ، وهوَ بالشِّينِ المعجمةِ والمهملةِ جميعًا.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا أُودِعَ صَبِيٌّ عَبْدًا فَقَتَلَهُ ؛ فَعَلَىٰ عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ ، وَإِنْ أُودِعَ طَعَامًا ، فَأَكَلَهُ ؛ لَمْ يَضْمَنْ) ، أي: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ ، عن يَعْقُوبَ ، عن أبي [٤٦٧/٣و] حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في رَجُلٍ قدْ أَوْدَعَ صبيًّا قدْ عقلَ طعامًا فأكَلَه ، قالَ: لَا ضمانَ عليه ، وإنْ أوْدَعَه غلامًا فقتَله ،

يَضْمَنُ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا، وَعَلَى هَذَا إِذَا أُودِعَ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ مَالًا فَاسْتَهْلَكَهُ لَا يُؤَاخَذُ بِالضَّمَانِ فِي الْحَالِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيُؤَاخَذُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ يُؤَاخَذُ بِهِ فِي الْحَالِ.

غاية البيان

قالَ: هوَ ضامنٌ لقيمتِه على العاقِلَةِ»[1]. إلى هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصَّغيرِ». وهوَ قولُ مُحَمَّدٍ رحمه الله.

وقالَ أبو يُوسُفَ رحمه الله: الصَّبِيُّ ضامنٌ للطَّعامِ أيضًا. وقولُ الشَّافِعِيِّ كقولِ أبي يُوسُفَ رحمهما الله.

قالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ رحمه الله في «شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ»: «ودلَّتِ المسألةُ على أنَّ الاختلافَ في الصَّبِيِّ الَّذي يَعْقِلُ، فأمَّا الَّذي لَا يَعْقِلُ: فيَجِبُ أنْ يَضْمَنَ بالإجماعِ؛ لأنَّ تَسليطَه هَدَرٌ، وفِعْلُه مُعتبرٌ، والاختلافُ ثابتٌ في العبدِ المَحجورِ أيضًا، وهوَ ابنُ سبعينَ سنةً مثلًا، والاختلافُ في الإيداعِ، والإعارةِ، والقَرْضِ، والبيعِ، وكلِّ وجهٍ منْ وجوهِ التَّسليمِ إليه واحدٌ». كذا قالَ فخرُ الإسلامِ رحمه الله.

وقالَ الإمامُ الْأَسْبِيجَابيُّ رحمه الله في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ» في كتابِ الوديعةِ: «ومَنْ أودَعَ عندَ صَبِيٍّ مالًا فهلَكَ عندَه؛ لَا ضمانَ عليه بالإجماعِ، ولوِ استهلَكَه الصَّبِيُّ، فإنَّه يُنْظَرُ: إنْ كانَ الصَّبِيُّ مأذونًا في التِّجارَةِ؛ ضَمِنَ عندَهم جميعًا، وإنْ كانَ محجورًا عليه، ولكنَّه قَبِلَ الوديعةَ بإِذْنِ وَلِيِّهِ؛ ضَمِنَ بالإجماعِ، وإنْ كانَ قَبِلَ بغيرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ؛ لَا ضمانَ عليه عندَ أبي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ رحمهما الله، لَا للحالِ، ولَا بعدَ الإدراكِ، وعندَ أبي يُوسفَ: يَضْمَنُ في الحالِ.

وأجمَعُوا أنَّه لوِ استهلَكَ مالَ الغيرِ مِنْ غيرِ أنْ يَكُونَ وديعةً عندَه؛ ضَمِنَ للحالِ، ولوْ كانَتِ الوديعةُ عبدًا، فقَتَلَه الصَّبِيُّ؛ كانَتْ دِيَتُهُ على عاقِلَتِه بالإجماعِ،

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص٥١٢].

. . . .

ولوْ جنَىٰ عليه فيما دونَ النَّفسِ؛ كانَ أَرْشُهُ في مالِ الصَّبِيِّ بالإجماعِ، ولوْ أَوْدعَ عندَ عبْدٍ وديعةً، فهلكَتْ عندَه؛ لَا ضمانَ عليه بالإجماعِ.

ولوِ استهلَكَه: إنْ كانَ مأذونًا له في التِّجارَةِ [٨/٢١٩ظ/م]، أوْ محجورًا عليه، ولكنَّه قَبِلَ الوديعةَ بإِذْنِ مولاه؛ ضَمِنَ بالإجماعِ، ويَكُونُ دَيْنًا عليه، وإنْ كانَ العبدُ محجورًا عليه، وقَبِلَ الوديعةَ بغيرِ إِذْنِ مولاه؛ لَا يَضْمَنُ في الحالِ، ولكِنْ يَضْمَنُ بعدَ العتقِ إنْ كانَ بالغًا عاقلًا عندَ أبي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ ﷺ، وعندَ أبي يُوسُفَ ﷺ يَضْمَنُ [في الحالِ][1].

وأجمَعُوا أنَّه لوِ استهلكَ مِنْ غيرِ إيداعٍ ضَمِنَ، وأجمَعُوا أنَّه لَوْ كانَتِ الوديعةُ عبدًا، فجنىٰ عليه في النَّفسِ، أو فيما دونَ النَّفسِ؛ يُؤَاخَذُ به، ويُخَاطَبُ مولاه بالدَّفعِ، أو الفِداءِ»[2]. كذا في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ» ﷺ.

وجهُ قولِ أبي يُوسُفَ ﷺ: أنَّه أَتلفَ مالًا معصومًا حقًّا لمالكِه بغيرِ إِذْنِه، فيَضْمَنُه؛ لأنَّ الصَّبِيَّ المحجورَ والعبدَ المحجورَ يُؤَاخَذَانِ بأفعالِهما، وإنْ لم يُؤَاخَذا بأقوالِهما ـ والاستهلاكُ فِعلٌ ـ فيَجِبُ [٣/٤٦٧و] الضَّمانُ، وهذا لأنَّ الاستهلاكَ فِعلٌ حِسِّيٌّ، فوجبَتِ المُؤَاخذةُ؛ لأنَّه لَا مَرَدَّ للأفعالِ الحِسِّيةِ، وإنَّما يَكُونُ ذلكَ في التَّصرفاتِ الشَّرعيَّةِ، فكانَ المَحْجورُ وغيرُ المَحْجورِ سواءً، ولهذا إذا كانَتِ الوديعةُ عبدًا، أوْ أَمَةً، فأتلفَه يَضْمَنُ بالاتِّفاقِ، وكذلكَ يَضْمَنُ إذا كانَ مأذونًا في التِّجارةِ.

ولأبي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ ﷺ: أنَّ المالكَ سَلَّطَه علىٰ الإتلافِ، والاستهلاكِ، فإذا أتلفَه كانَ مُتْلفًا له بتسليطِ المالكِ عليه، فلَا يَجِبُ الضَّمانُ؛ لأنَّ التَّسليمَ إليه،

---

(١) في «الأصل»: «للحال». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق/٣١٩].

. . . .

وإثباتُ يدِه عليه تَسْليطٌ علىٰ ما يُنَالُ بالأيدي، وليسَ التَّسليطُ إلَّا إثباتُ اليَدِ علىٰ ما يُنَالُ بالأيدي، فصارَ كما إذا أباحَه، وشَرْطُ التَّقييدِ بالحفظِ باطلٌ؛ لعدمِ ولايةِ المُودِعِ علىٰ المَحجورِ، فَبَقِيَ التَّسليطُ مطلقًا عنْ قَيْدِ الشَّرطِ، فلَا يَجِبُ الضَّمانُ.

بخلافِ المأذونِ له في التِّجارةِ؛ فإنَّ الإذنَ بالتِّجارةِ إذْنٌ بقبولِ العبدِ[1]، إذْ لا بُدَّ للتُّجَّارِ[2] مِنْ قبولِ الوديعةِ، فإذا صحَّ قبولُ الوديعةِ؛ صحَّ التزامُ الحفظِ، فيَجِبُ الضَّمانُ بتَرْكِ الحفظِ، وليسَ كذلكَ مسألةُ العبدِ والأَمَةِ، فإنَّ القتلَ لَمْ يحْصُلْ بتسليطٍ منَ المالكِ؛ لأنَّ إثباتَ الأيدي علىٰ دَمِه وحياتِه باطلٌ؛ لأنَّ العبدَ مُبَقًّىٰ علىٰ أصْلِ الحُرِّيةِ في حقِّ الدَّمِ.

ثُمَّ في قَتْلِ العبدِ يَجِبُ الدِّيةُ علىٰ عاقِلَةِ الصَّبيِّ؛ لأنَّ دماءَ العبيدِ تُعْقَلُ عندَنا، وعَمْدُ الصَّبيِّ وخَطَؤُه سواءٌ.

أوْ نَقُولُ: إنَّ مِنْ عادةِ الصَّبيِّ إتلافَ الأموالِ، فإذا مَكَّنَه مِنْ مالِه مع عِلْمِه بعادتِه؛ فقدْ رَضِيَ بإتلافِه، كمَنْ قدَّمَ شعيرًا إلىٰ دابَّةٍ، ولَا يُشْبِهُ ما إذا كانَ مأذونًا؛ لأنَّ الوَلِيَّ إنَّما يَأذَنُ له في التِّجارةِ إذا عَلِمَ منه الحفظَ، ولَا يَلْزَمُ إذا [٨/٢٢٠و/م] أودعَ صبيًّا عبدًا فقتَلَه؛ لأنَّه لَمْ تَجْرِ عادةُ الصِّبيانِ بقتلِ العبيدِ، فلَمْ يَكُنْ إيداعُه عَبْدَه رِضًا بالقتلِ، ولأنَّ العَرْضَ إِذْنٌ في الاستهلاكِ، ومَنْ أَذِنَ لِصَبِيٍّ في استهلاكِ مالِه ففَعلَ؛ فلَا ضمانَ عليه، كذلكَ إذا كانَ الإذْنُ في مضمونِ كلامِه.

فإنْ قِيلَ: إيداعُه عندَ الصَّبيِّ ليسَ بأكثرَ مِنْ [إلقاءِ مالِه][3] في البَرِيَّةِ، ومَنْ ألقَىٰ مالَه في البَرِيَّةِ؛ فقدْ رَضِيَ بإتلافِه، ومع هذا لوْ أتلفَه مُتْلِفٌ يَضْمَنُه، فكذلكَ

---

(١) في «الأصل»: «الوديعة». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ».

(٢) في «الأصل»: «للتجارة». والمثبت من: «فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) في «الأصل»: «إلقائه». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

. . . .

إذا أودعَ صبيًّا.

قلْنا: إلقاؤه المالَ في البَرِيَّةِ رِضًا منه بإتلافِ مَن ليسَ بمُعَيَّنٍ، والإباحةُ لمَنْ ليسَ بمُعَيَّنٍ لَا يَتَعَلَّقُ بها حُكْمٌ، بخلافِ الفَرْعِ، كَمَنْ قالَ: أَبَحْتُ إتلافَ مالي لواحدٍ منَ النَّاسِ؛ فإنَّ مُتْلِفَه يَضْمَنُ، ولوْ قالَ: لفلانٍ، فأتلفَه؛ لَا يَضْمَنُ. كذا في «**مختصرِ الأسرارِ**».

أوْ نَقُولُ: إنَّ المالَ كانَ معصومًا حقًّا للمالكِ؛ لأنَّه كانَ مباحًا مخلوقًا لمنفعةِ النَّاسِ جميعًا، والعصمةُ ثبتَتْ فيه للمالكِ بيدِه عليه، فإذا أزالَ يدَه عنه بإيداعِه عندَ مَنْ لَا يَصْلحُ يدُه خَلَفًا عنه؛ أزالَ حِفْظَه عنه؛ لأنَّ يدَ الصَّبِيِّ المَحْجورِ لَا يَصْلُحُ خَلَفًا عنه؛ لعدمِ الولايةِ عليه، ويدُ الصَّبِيِّ [يدٌ][1] مانعةٌ ليَدِ الغيرِ، فيَزُولُ بيَدِ [٤٦٨/٣و] الصَّبِيِّ يدُ المالكِ عنه، فتَزُولُ العِصمةُ أيضًا لزوالِ يَد المالكِ، ثُمَّ إذا أتلفَه الصَّبِيُّ يكون مُتْلفًا مالًا غيرَ معصومٍ، ومَنْ أتلفَ مالًا غيرَ معصومٍ؛ لَا يَجِبُ عليه الضَّمانُ، كإتلافِ مالِ الحَرْبِيِّ، وهذا بيانُ ما اقتضَاه تقريرُ «**الهدايةِ**».

ولقائلٍ أنْ يَقُولَ: لَا نُسَلِّم أنَّه أزالَ يدَه لَا إلىٰ خَلَفٍ، بل إلىٰ خَلَفٍ، وهوَ يدُ المُودَعِ، ولَا نُسَلِّمُ أنَّ يدَ الصَّبِيِّ لَا يَصْلُحُ خَلَفًا عنْ يَدِ المالكِ.

غايةُ ما في البابِ: أنَّه ليسَ مِنْ أهلِ وجوبِ الحفظِ، ولَا نُسَلِّم أنَّه ليسَ مِنْ أهلِ وجوبِ الحفظِ؛ لأنَّ الكلامَ في الصَّبِيِّ العاقلِ، والغالبُ مِنْ حالِ الصَّبِيِّ العاقلِ هوَ الحفظُ، ولهذا لوْ دَفَعَ الوَصِيُّ إليه المالَ يَجُوزُ ولَا يَضْمَنُ الوَصِيُّ؛ لأنَّه لم يتْرُكِ النَّظرَ.

ولَئِنْ سَلَّمْنا أنَّه أزالَ اليدَ مِنْ غيرِ خَلَفٍ فنَقُولُ: ثبوتُ اليدِ لثبوتِ العِصمةِ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ الْإِقْرَاضُ والاعارة في العبد والصبي.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: صَبِيٌّ قَدْ عَقَلَ، وَفِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ وَضْعُ الْمَسْأَلَةِ فِي صَبِيٍّ ابْنِ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّ غَيْرَ الْعَاقِلِ يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيطَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ وَفِعْلُهُ مُعْتَبَرٌ.

غاية البيان

يُشْتَرطُ ابتداءً، أمَّا بعدَ ثبوتِ العصمةِ، فلَا نُسَلِّمُ أنَّ دوامَ اليدِ شَرْطٌ لدوامِ العصمةِ؛ لأنَّ دوامَ الحُكْمِ مُسْتَغْنٍ عنْ دوامِ السَّببِ، فَبَقِيَ المالُ معصومًا مُتَقوِّمًا، فيَنْبَغِي أنْ يَجِبَ الضَّمانُ.

ولكنِ الجوابُ الصَّحيحُ ما قلْنا: إنَّ التَّسليطَ يُخْرِجُ الفعلَ مِنْ أنْ يَكُونَ سببًا مُوجبًا للضَّمانِ؛ لأنَّه رِضًا بإتلافِه، والباقي [٨/٢٢٠ظ/م] يُعْلَمُ في نُسَخِ «طريقةِ الخلافِ» لأصحابِنا.

قولُه: (وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ الْإِقْرَاضُ)، يَعْنِي: إذا أقرضَ الصَّبيَّ شيئًا، وسَلَّمه إليه، أوْ باعَ منه شيئًا، وسَلَّمه إليه [فاستهلَكَه؛ لا][1] يَضْمَنُ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ، خلافًا لأبي يُوسُفَ رضي الله عنهم.

قولُه: (وَهَذَا يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّ غَيْرَ الْعَاقِلِ يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ)، أي: الَّذي ذكَرَه في «الجامعِ الصَّغيرِ» يدلُّ علىٰ ذلكَ؛ لأنَّه وَضَعَ المسألةَ في صَبِيٍّ عاقِلٍ كما رَوَيْنا، وكذلكَ يدلُّ ما ذكَرَه في «الجامعِ الكبيرِ[2]» أيضًا؛ لأنَّه وَضَعَها في صَبِيٍّ ابن اثنتي عشرةَ سَنَةً؛ لأنَّ الغالبَ من حالِ الصَّبِيِّ في هذا السِّنِّ أنْ يَكُونَ عاقلًا، وهذا الَّذي قالَه صاحبُ «الهدايةِ» رحمه الله هوَ مذهبُ فخرِ الإسلامِ رحمه الله، وقدْ مَرَّ بيانُه.

وقالَ بعضُ مشايخِنا رحمهم الله: إنَّ الصَّبيَّ إذا لَمْ يَكُنْ عاقلًا لَا يَضْمَنُ في قولِهم

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) في «الأصل»: «الصغير». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

لَهُمَا أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا مُتَقَوِّمًا مَعْصُومًا حَقًّا لِمَالِكِهِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ كَمَا إذَا كَانَتْ الْوَدِيعَةُ عَبْدًا وَكَمَا إذَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ الْمُودَعِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا غَيْرَ مَعْصُومٍ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ كَمَا إذَا أَتْلَفَهُ [١٧٤/و] بِإِذْنِهِ وَرِضَاهُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْعِصْمَةَ تَثْبُتُ حَقًّا لَهُ وَقَدْ فَوَّتَهَا عَلَىٰ نَفْسِهِ حَيْثُ وَضَعَ الْمَالَ فِي يَدِ مَانِعَةٍ فَلَا يَبْقَىٰ مُسْتَحِقًّا لِلنَّظَرِ إلَّا إذَا أَقَامَ غَيْرَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي الْحِفْظِ، وَلَا إقَامَةَ هَاهُنَا لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الِاسْتِقْلَالِ عَلَىٰ الصَّبِيِّ وَلَا لِلصَّبِيِّ عَلَىٰ نَفْسِهِ، بِخِلَافِ الْبَالِغِ وَالْمَأْذُونِ لَهُ لِأَنَّ لَهُمَا وِلَايَةً عَلَىٰ أَنْفُسِهِمَا وَبِخِلَافِ مَا إذَا كَانَتْ الْوَدِيعَةُ عَبْدًا لِأَنَّ عِصْمَتَهُ لِحَقِّهِ إذْ هُوَ مُبْقًى عَلَىٰ أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدَّمِ، وَبِخِلَافِ مَا إذَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ؛ لأنه سَقَطَتِ الْعِصْمَةُ بِالْإِضَافَةِ إِلَىٰ الصَّبِيِّ[1] دُونَ غَيْرِهِ.

قَالَ: وإن اسْتَهْلَكَ مَالًا ضَمِنَ يُرِيدُ بِهِ مِنْ غَيْرِ إيدَاعٍ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ يُؤَاخَذُ

غاية البيان

جميعًا، وإليه ذهبَ قاضي خان ﷺ في «شرح الجامع الصَّغير».

قولُه: (وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَتِ الْعِصْمَةُ بِالْإِضَافَةِ إِلَىٰ الصَّبِيِّ دُونَ غَيْرِهِ)، يَعْنِي: أنَّ المُتْلِفَ للوديعةِ إذا كانَ غيرَ الصَّبِيِّ المُودَعِ يَضْمَنُها؛ لأنَّ عصمةَ الوديعةِ إنَّما سَقَطَتْ في حقِّ الصَّبِيِّ المُودَعِ فحَسْبُ، ولم تَسْقُطْ في حقِّ غيرِه؛ لأنَّ العصمَةَ سَقَطَتْ بالتَّسليطِ، ولم يُوجَدِ التَّسليطُ في حقِّ غيرِه، كَمَنْ وَجَبَ عليه القِصاصُ يسْقُطُ عصمةُ دَمِه في حقِّ مَنْ وَجَبَ له القِصاصُ فحَسْبُ، حتَّىٰ بَقِيَ معصومَ الدَّمِ في حقِّ غيرِه.

قولُه: (قَالَ: وَلَوِ اسْتَهْلَكَ مَالًا ضَمِنَ)، أي: قالَ مُحَمَّدٌ ﷺ في «الجامعِ

(١) زاد بعده في (ط): «الذي وضع في يده المال».

بِأَفْعَالِهِ، وَصِحَّةُ الْقَصْدِ لَا مُعْتَبَرَ بِهَا فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ.

غاية البيان

الصَّغيرِ» في الصَّبيِّ يَسْتَهلِكُ الأموالَ لرَجُلٍ، قالَ: «هوَ ضامنٌ»[1].

وهذا في غيرِ الوديعةِ، وفيه اتِّفاقٌ، وفي الوديعةِ إذا استهْلَكَها خلافٌ سبَقَ آنفًا، وإنَّما ضَمِنَ لأنَّ الصِّغَرَ يُوجِبُ الحَجْرَ في الأقوالِ دونَ الأفعالِ، فكانَ مُؤَاخذًا بفِعْلِه إذا كانَ صالحًا لحُكْمه، [لعمومِ قولِه][2] تعالىٰ [٣/٤٦٨ظ]: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وقولِه ﷺ: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تَرُدَّ**»[3]؛ لأنَّه لَا فَصْلَ في الآيةِ والحديثِ بينَ الصَّبيِّ وغيرِه.

ولَا يُقالُ: إنَّ الصَّبيَّ رُفِعَ عنه القَلمُ بالحديثِ[4]، فكيفَ وَجَبَ عليه الضَّمانُ؟

لأنَّ رَفْعَ القَلَمِ يَدُلُّ علىٰ رَفْعِ الإِثْمِ، ولَا يَلْزَمُ مِنْ رَفْعِ الإِثْمِ نَفْيِ الضَّمانِ، كما في النَّائمِ إذا انقلَبَ علىٰ شيءٍ فأتلَفَه.

واللهُ تعالىٰ أعلمُ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٥١٢].

(٢) في «الأصل»: «لقوله». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) مضىٰ تخريجه.

بَابُ الْقَسَامَةِ

قَالَ (وَإِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي مَحَلَّةٍ وَلَا يُعْلَمُ مَنْ قَتَلَهُ أُسْتُحْلِفَ خَمْسُونَ رَجُلًا مِنهُمْ. يَتَخَيَّرُهُمُ الْوَلِيُّ بِاللهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا).

غاية البيان

بَابُ الْقَسَامَةِ

لَمَّا كانَ يَئُولُ أَمْرُ القتيلِ إلى القَسَامَةِ إذا لم يُعْرَفْ قاتِلُه: شَرَعَ في بيانِها؛ لأنَّه يَحْتَاجُ إليها على ذلكَ [٨/٢٢١د/م] التَّقديرِ.

ثُمَّ القَسَامَةُ: عبارةٌ عنِ الأَيْمانِ الَّتي تُعْرَضُ على خمسينَ رَجُلًا [مِنْ أهلِ المحَلَّةِ، أو الدارِ، إذا وُجِدَ فيها قتيلٌ لم يُعْرَفْ قاتلُه، فإنْ لَمْ يَبْلغِ الرِّجالُ خمسينَ رَجُلًا][1]؛ تُكرَّرُ اليمينُ إلى أنْ تتِمَّ خمسينَ يمينًا، وسببُها وجودُ قتيلٍ لَا يُدْرَى قاتلُه في محلَّةٍ، أو دارٍ، أوْ في موضعٍ يَقْرُبُ منَ القريَةِ، بحيثُ يُسْمَعُ الصَّوتُ منه.

وشَرْطُها: أنْ يَكُونَ الَّذي يُقْسِمِ رَجُلًا عاقلًا بالغًا حُرًّا، حتَّى لَا تَجِبُ القَسامةُ على المرأةِ، والمجنونِ، والصَّبِيِّ، والعبدِ.

ومِنْ شَرْطِها: أنْ يَكُونَ بالميِّتِ أثرُ القتلِ، نحوُ الضَّربِ، والخَنْقِ، والجِراحَةِ، فإذا لم يَكُنِ الأثرُ موجودًا؛ فهوَ ميِّتٌ لَا قتيلٌ، فلَا قَسامةَ فيه ولَا دِيَةَ.

ومِن شَرْطِها أيضًا: تَكميلُ خمسينَ يمينًا كما بيَّنَّا.

ورُكْنُها: أنْ يَقُولَ مَنْ يُقْسِمُ: باللهِ ما قتلْتُه، ولَا علمْتُ له قاتلًا؛ لأنَّ رُكْنَ الشَّيءِ ما يَقومُ به ذلكَ الشَّيءِ، ولَا قِيامَ للقَسامَةِ إلَّا بها.

وحُكْمُها: وجوبُ الدِّيَةِ على العاقِلَةِ في ثلاثِ سنينَ عندَنا، وعندَ الشَّافِعِيِّ[2] ﵀:

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «الأم» للشافعي [٨/٩٣]، و«الحاوي الكبير» للماوردي [١٣/٢٥].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِذَا كَانَ هُنَاكَ لَوْثٌ اسْتَحْلَفَ الْأَوْلِيَاءُ خَمْسِينَ يَمِينًا وَيَقْضِي لَهُمْ بِالدِّيَةِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَمْدًا كَانَتِ الدَّعْوَى أَوْ خَطَأً.

غاية البيان

إذا حَلفُوا بَرِئُوا، فأمَّا إذا أَبَوا القَسامةَ؛ فيُحْبَسُونَ حتَّى يَحْلِفُوا أوْ يُقِرُّوا.

وشرعيَّتُها ثبتَتْ بالأحاديثِ الصَّحيحةِ، نَذْكُرُها بعدَ هذا إنْ شاءَ اللهُ تعالى، وبالإجماعِ أيضًا.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي مَحَلَّةٍ لَا يُعْلَمُ مَنْ قَتَلَهُ؛ اسْتُحْلِفَ خَمْسُونَ رَجُلًا مِنْهُمْ يَتَخَيَّرُهُمُ الْوَلِيُّ: بِاللهِ مَا قَتَلْنَا، وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا)[١]، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «فإذا حَلفُوا قُضِيَ على أهلِ المَحلَّةِ بالدِّيةِ»[٢].

قالَ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﵀ في «مختصرِه»: «قالَ ابنُ سَمَاعَةَ وبِشْرُ بنُ الوليدِ وعَلِيُّ بن الجَعْدِ: سَمِعْنا أبا يُوسُفَ ﵀ قالَ في القتيلِ يُوجَدُ في المَحَلَّةِ، أوْ في دارِ رَجُلٍ في المِصْرِ: فإنَّ أبا حَنِيفَةَ ﵁ قالَ في ذلكَ: إنْ كانَتْ به جِراحةٌ، أو أثرُ ضَرْبٍ، أوْ أثرُ خَنْقٍ؛ فإنَّ هذا قتيلٌ، وفيهِ القَسامةُ على عاقلةِ ربِّ الدَّارِ إذا وُجِدَ في الدَّارِ، وعلى عاقلةِ المَحَلَّةِ إذا وُجِدَ في المَحَلَّةِ، يُقْسِمُ كلُّ رجلٍ منهم: باللهِ ما قتلْتُ، ولَا علمْتُ له قاتلًا، ثم يَغْرَمُونَ الدِّيَةَ في ثلاثِ سنينَ على أهلِ الدِّيوانِ في كلِّ سنةٍ الثُّلثُ.

والَّذينَ يَحْلِفُونَ: خَمسونَ رَجُلًا يتخَيَّرُهُمْ مِنَ العاقِلَةِ وَلِيُّ الدَّمِ، فإنْ نقَصُوا مِنَ الخمسينَ كُرِّرَتْ عليهم الأَيْمانُ حتَّى تكْمُلَ خمسينَ يمينًا، وليسَ يَحْلِفُ فيهم

---

(١) ينظر: «الأصل» [٤/٤٢٦، ٤٢٩]، «مختصر الطحاوي» [ص/٢٤٧]، «المبسوط» [٢٦/١٠٦ ـ ١٠٩]، «تحفة الفقهاء» [٣/١٣١]، «بدائع الصنائع» [٦/٣٥٦، ٣٦٠]، «تبيين الحقائق» [٦/١٦٩]، «درر الحكام» [٢/١٢٣]، «مجمع الأنهر» [٢/٦٨٤]، «نتائج الأفكار» [١٠/٣٧٣]، «تكملة البحر الرائق» [٨/٤٥٢].

(٢) «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٩٢].

....

صَبِيٌّ لم يَبْلُغْ، ولَا امرأةٌ، ولَا عبْدٌ، ويَحْلِفُ ما سوىٰ [٨/٢٢١ظ/م] ذلكَ مِنَ القَسامة. والتَّخييرِ في ذلكَ إلىٰ وَلِيِّ الدَّمِ».

ثُمَّ قالَ الْكَرْخِيُّ فيه: «وإنْ كانَ ميِّتًا ليسَ به أثرٌ، ولَا جِراحٌ؛ فليسَ [٣/٦٩و] في هذا قَسامةٌ ولَا دِيَةٌ، هذا ميِّتٌ، وإنْ كانَ أهلُ المَحَلَّةِ فيهم الفاسقُ والصَّالحُ، فالخيارُ في استحلافِهِم إلىٰ الورثَةِ يَخْتَارُونَ أهلَ الصَّلاحِ إنْ أحَبُّوا حتَّىٰ يَسْتَحْلِفُوهُمْ، فإنْ كانَ أهلُ الصَّلاحِ لَا يُتِمُّونَ خَمسينَ، وأرادُوا أنْ يَرُدُّوا عليهم الأَيْمانَ؛ فليسَ لهُمْ ذلكَ، ولهُمْ أنْ يَتَخَيَّرُوا منَ الباقينَ تمامَ خمسينَ رَجُلًا»(١).
إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ ﷺ.

وقالَ ابنُ الْجَلَّابِ البَصْرِيُّ المَالِكِيُّ ﷺ في كتابِ «التَّفريعِ»: «وإذا قُتِلَ رَجُلٌ، فادَّعَىٰ ولاتُه أنَّ رَجُلًا قتَلَه عمْدًا، وأَتَوا بِلَوْثٍ علىٰ قَتْلِه؛ وجَبَتْ لهم القَسامةُ، وإذا أَقْسَمُوا قَتَلُوا به قاتلَه.

واللَّوْثُ شيئان: الشَّاهِدُ العَدْلُ، وقولُ المَجْروحِ: دَمِي عندَ فلانٍ، وفي الثَّالثِ مذهبانِ. يَعْنِي: الَّذي يُرَىٰ معه سيفُه، وشهادةُ الواحدِ لَوْثٌ تُوجبُ القَسَامَةَ.

وفي شهادة النِّساء روايتان: إحداهما: إنَّها لَوْثٌ يُوجبُ القَسامة، والأخرىٰ: إنَّها لَا تُوجبها، وكذلكَ شهادة الواحد والجماعة إذا لم يكونوا عدولًا.

وفي شهادةِ العبدِ روايتانِ: إحداهما: إنَّها لَوْثٌ، وقيلَ: لَا يَكُونُ لَوْثًا.

وإذا وُجِدَ رَجُلٌ مقتولٌ، ووُجِدَ بقُرْبِه رَجُلٌ معه سيفٌ، أوْ في يدِه شيءٌ مِنْ آلةِ القتلِ، وعليه آثارُ القتلِ؛ فذلكَ لَوْثٌ يُوجبُ القَسامةَ لِوُلَاتِهِ. والأَيْمانُ في القَسامةِ مُغلَّظةٌ، بخِلافِها في سائرِ الحقوقِ، ويُحَلَّفُ الحالفُ فيها في المسجدِ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٤/ داماد].

الأعظمِ بعدَ الصَّلاةِ عندَ اجتماعِ النَّاسِ فيه، ويُجْلَبُ إلى مكَّةَ والمدينةِ وبيتِ المقدسِ مَنْ وجَبَتْ عليه قَسَامَةٌ في أعمالِها، ولَا يُجْلَبُ إلى غيرِها إلَّا منَ المكانِ القريبِ.

ويُبْدَأُ في القَسَامةِ بالمُدَّعِينَ دونَ المدَّعَى عليه، فيَحْلِفُونَ خمسينَ يمينًا، ويسْتحقُّون القَوَدَ بقَسَامَتِهم، وهذا إذا كانَ عددُهم ما بينَ خمسينَ رَجُلًا إلى رَجُلَيْنِ، ولَا يُقسِمُ في العمدِ رجُلٌ واحدٌ، ولَا تُقْسِمُ فيه امرأةٌ، ولَا جماعةُ النِّساءِ.

وإذا كانَ ولاةُ الدَّمِ أكثرَ مِنْ خمسينَ رَجُلًا، ففيها روايتانِ: إحداهما: إنَّه يُقْتَصَرُ على خمسينَ منهم، فيَحْلِفُونَ خمسينَ يمينًا، والأُخرى: إنَّهم يَحْلِفُونَ كلُّهم، وإنْ زادَتْ عِدَّةُ الأَيْمانِ على خمسينَ، وإذا نكلَ المُدَّعونَ للدَّمِ عنِ القَسَامةِ وَرُدَّتِ الأَيْمانُ على المدَّعَى عليهم فَنَكَلُوا؛ حُبِسُوا حتَّى يَحْلفوا، فإنْ طالَ حَبْسُهم تُرِكُوا، وعلى كلِّ واحدٍ منهم جلْدُ مئةٍ، وحَبْسُ سَنَةٍ، ولَا حقَّ في الدَّمِ للبناتِ [٨/٢٢٢و/م] معَ البنينَ، ولَا يُقْتلُ بالقَسَامَةِ إلَّا رجُلٌ واحدٌ، ويُقْتَلُ بالإقرارِ والبيِّنةِ الجماعةُ بالواحدِ.

وإذا اختلفَ ولاةُ الدَّمِ في الدَّعوى، فقالَ بعضُهم: قُتِلَ عمدًا، وقالَ بعضُهم: قُتِلَ خطأً؛ أقسمُوا كلُّهم على قَتْلِه ووجَبَ لهم دِيتُه، وإنْ قالَ بعضُهم: قُتِلَ عمدًا، وقالَ بعضُهم: لَا عِلْم لنا بقَتْلِه؛ لم يُقْسِمْ أحدٌ منهم، ورُدَّتِ الأَيْمانُ على المدَّعَى عليهم، وإنْ قالَ بعضُهم: قُتِلَ خطأً، وقالَ بعضُهم: لَا عِلْم لنا بقَتْلِه، أقسَمَ مَن ادَّعى قَتْلَه خمسين يمينًا، واستحقُّوا أنصباءَهم منَ الدِّيَةِ»[1] [٣/٤٦٩ظ]. كذا في «التَّفريعِ».

وقالَ الغَزَّاليُّ رحمه الله **في «وجيزِه»**: «مَظِنَّةُ القَسَامةِ قَتْلُ الحُرِّ في محَلِّ اللَّوثِ، فلَا قَسَامَةَ في المالِ والأطرافِ، وفي العبدِ قولانِ، واللَّوْثُ قرينةُ حالٍ تُغَلِّبُ الظنَّ، كقتيلٍ في محلَّةٍ بينهم عَداوةٌ، أو قتيلٍ دخَلَ عليهم ضَيْفًا، أو قتيلٍ تفرَّقَ عنه

(١) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس» لابن الجلاب [٢/١٨٥ - ١٩٢].

. . . .

غاية البيان

جماعةٌ مَحْصُورونَ، أوْ قتيلٍ في صَفِّ الخَصْمِ المقاتلِ، أوْ كقتيلٍ في الصحراءِ، أوْ علىٰ رأسِه رَجُلٌ معه سِكِّينٌ.

وقولُ المجروحِ: قتلَني فلانٌ. ليسَ بلَوْثٍ، وقولُ واحدٍ ممَّنْ تُقْبَلُ شهادتُه لَوْثٌ، وقولُ جَمْعٍ ممَّنْ تُقْبَلُ روايتُهم لَوْثٌ، والقياسُ: أنَّ قولَ واحدٍ منهم لَوْثٌ، وأمَّا عددٌ مِن الصِّبيَةِ والفَسَقَةِ فيهم خِلافٌ»[(١)].

وكيفيَّةُ القَسَامةِ: أنْ يَحْلِفَ المُدَّعي خمسينَ يمينًا متوالِيةً في مجلسٍ واحدٍ بعدَ التَّحذيرِ والتَّغليظِ، ولوْ كانَ في مجلسيْنِ فوجهانِ.

ولا يُنَاطُ بالقَسَامةِ القِصاصُ في الجديدِ، بلِ الدِّيةُ منَ الجاني، إنْ حَلَفَ علىٰ العمدِ، ومِنَ العاقِلَةِ إن حَلَفَ علىٰ الخطأِ، فإنْ نَكَلَ عنِ القَسَامةِ، ونكَلَ المُدَّعىٰ عليه عنِ اليمينِ؛ ففي تَمكينِه مِنَ [اليمينِ][(٢)] المردودةِ قولانِ، وكذا إذا نَكَلَ عنِ اليمينِ معَ الشَّاهدِ، وعادَ إلىٰ اليمينِ المردودةِ. كذا في «وجيزِهم»[(٣)].

وقالَ الْخِرَقِيُّ مِنْ أصحابِ أحمدَ بنِ حنبلٍ ﷺ في «مختصرِه»: «وإذا وُجِدَ قتيلٌ، فادَّعىٰ أولياؤُه علىٰ قومٍ لَا عَداوةَ بينهم، ولمْ يَكُنْ لهم بيِّنةٌ؛ لم يُحْكَمْ لهم بيمينٍ ولَا غيرِها، وإن كانَ بينهم عَداوةٌ ولَوْثٌ، وادَّعىٰ أولياؤُه علىٰ واحدٍ منهم، وأنكرَ المدَّعَىٰ عليه، ولم يَكُنْ للأولياءِ بيِّنةٌ حَلَفَ الأولياءُ خمسينَ يمينًا علىٰ قاتلِه، واستحقُّوا دمَه إنْ كانَتِ الدَّعوىٰ عمدًا.

فإنْ لم يَحْلِفِ الأولياءُ؛ حَلَفَ المدَّعَىٰ عليه خمسينَ يمينًا وَبَرِئَ، فإنْ لَمْ

---

(١) ينظر: «الوجيز/مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [١١/١١ ـ ١٢].
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر»، وهو الموافق لِمَا وقع في «الوجيز/مع العزيز شرح الوجيز».
(٣) ينظر: «الوجيز/مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٣٩/١١].

. . . .

يَحْلِفِ المدَّعونَ، ولَمْ يَرضَوْا بيمينِ المدَّعَىٰ عليه [٨/٢٢٢ظ/م]؛ فدَاهُ الإمامُ مِنْ بيتِ المالِ، فإنْ شهدَتِ البيِّنةُ العادلةُ أنَّ المجروحَ قالَ: دَمِي عندَ فلانٍ. فليسَ بمُوجَبٍ للقَسَامَةِ ما لم يَكُنْ لَوْثٌ، والنِّساءُ والصِّبيانُ لَا يُقْسِمونَ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الْخِرَقِيِّ رحمه الله.

وجهُ قولِ الخصومِ في البدايةِ بيمينِ الوَلِيِّ[2]: ما رَوَىٰ مالكٌ رضي الله عنه في «مُوطَّئِه»: قَالَ: حَدَّثَنَا أبو لَيْلَىٰ بْنِ عَبْدِ اللهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِي حَثْمَةَ[3]، أَنَّهُ أَخْبَرَهُ رِجَالٌ مِنْ كُبَرَاءِ قَوْمِهِ: أَنَّ عَبْدَ اللهِ بْنَ سَهْلٍ وَمُحَيِّصَةَ خَرَجَا إِلَىٰ خَيْبَرَ مِنْ جَهْدٍ أَصَابَهُمَا، فَأُتِيَ مُحَيِّصَةُ، فَأُخْبِرَ أَنَّ عَبْدَ اللهِ بْنَ سَهْلٍ قَدْ قُتِلَ، وطُرِحَ فِي فَقِيرِ بِئْرٍ أَوْ عَيْنٍ، فَأَتَىٰ يَهُودَ، فَقَالَ: أَنْتُمْ وَاللَّهِ قَتَلْتُمُوهُ، قَالُوا: وَاللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ، ثُمَّ أَقْبَلَ حَتَّىٰ قَدِمَ عَلَىٰ قَوْمِهِ، فَذَكَرَ لَهُمْ ذَلِكَ.

ثُمَّ أَقْبَلَ هُوَ وحُوَيِّصَةُ، وَهُوَ أَخُوهُ أَكْبَرُ مِنْهُ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ سَهْلٍ، فَذَهَبَ مُحَيِّصَةُ لِيَتَكَلَّمَ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «كَبِّرْ كَبِّرْ». يُريد السِّنَّ، فتكَلَّم حُوَيِّصَةُ، ثمَّ تكلَّم مُحَيِّصَةُ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **«إِمَّا أَنْ يَدُوا صَاحِبَكُمْ، وَإِمَّا أَنْ يُؤْذِنُوا بِحَرْبٍ»**. فَكَتَبَ إِلَيْهِمْ رَسُولُ اللهِ ﷺ فِي ذَلِكَ، فكَتَبُوا: إِنَّا وَاللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ.

فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ لِحُوَيِّصَةَ وَمُحَيِّصَةَ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ: **«أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ؟»**. فَقَالُوا [٣/٤٧٠و]: لَا، قَالَ: **«فَتَحْلِفُ لَكُمْ يَهُودُ؟»**. قَالُوا: لَيْسُوا

---

(١) ينظر: «مختصر الخرقي» [ص/١٢٢].

(٢) في «الأصل»: «المدعي». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

(٣) «سهل بن أبي حثمة الأنصاري، يكنىٰ: أبا يحيىٰ، واسم أبي حثمة: عبد الله بن ساعدة بن عامر، قال الواقدي: قبض رسول الله صلىٰ الله عيه وسلم وهو ابن ثماني سنين، كذا في «الطبقات الكبرىٰ».»، كذا في حاشية «م»، وينظر: «الطبقات الكبرىٰ» ط ـ أخرىٰ [٦/٥٥٨].

. . . .

بِمُسْلِمِينَ، فَوَدَاهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ مِنْ عِنْدِهِ، فَبَعَثَ إِلَيْهِمْ بِمِئَةِ نَاقَةٍ حَتَّىٰ أُدْخِلَتْ عَلَيْهِمُ الدَّارَ. قَالَ سَهْلُ بْن أَبِي حَثْمَةَ: لَقَدْ رَكَضَتْنِي مِنْهَا نَاقَةٌ حَمْرَاءُ»[١].

وجهُ الاستدلالِ بالحديثِ: أنَّ النَّبِيَّ ﷺ بدأ بيمينِ الأولياءِ، ولأنَّ اليمينَ ثبتَ في حقِّ مَن يَشْهَدُ له الظَّاهرُ؛ بدليلِ المُدَّعَىٰ عليه في سائرِ الحقوقِ، وفي مسألتِنا الظَّاهرُ يَشْهَدُ للمدَّعِي؛ لأنَّه إذا كانَ هناكَ لَوْثٌ يَغْلِبُ علىٰ ظَنِّ المُسْتمعِ والرَّائي أنَّه صادقٌ في قولِه؛ فيَجِبُ أنْ يَثْبُتَ اليمينُ في حقِّه، ولكنْ هذه دلالةٌ فيها شُبهةٌ، فلَا يَجِبُ القِصاصُ بالشُّبهةِ في الجديدِ، وتَجِبُ الدِّيَةُ.

ولنا: ما رَوَىٰ الطَّحَاوِيُّ في «شرحِ الآثارِ»: بإسنادِه وقالَ: حَدَّثَنا يُونُسُ، حَدَّثَنَا سُفيان، عَنْ يَحْيَىٰ بْن سَعِيد، سَمِع بُشَيْرِ بن يَسَارٍ، عن سَهْلِ بن أبي حَثْمَةَ قَالَ: «وُجِدَ عَبْدُ اللهِ بْن سَهْلٍ قَتِيلًا فِي قَلِيبٍ مِن قُلُبِ خَيْبَر، فَجَاءَ أَخُوهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ[٢] بْنُ سَهْلٍ وعمَّاه حُوَيِّصَةُ وَمُحَيِّصَةُ إِلىٰ رَسُولِ اللهِ ﷺ [٨/٢٢٣و/م]، فَذَهَبَ عبدُ الرَّحْمَنِ لِيَتَكَلَّمَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «الكُبْرَ الكُبْرَ».

فتَكَلَّم أحدُ عَمَّيْهِ، إمَّا مُحَيِّصَةُ، وإمَّا حُوَيِّصَةُ، تَكَلَّم الكَبِيرُ[٣] مِنْهُمَا، قَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّا وَجَدْنَا عَبْدَ اللهِ بْنَ سَهْلٍ قَتِيلًا فِي قَلِيبٍ مِنْ قُلُبِ خَيْبَرَ، وَذَكَرَ عَدَاوَةَ اليَهُودِ لَهُمْ. قَالَ: «فَتُبْرِئُكُمْ يَهُودُ بِخَمْسِينَ يَمِينًا أَنَّهُمْ لَمْ يَقْتُلُوهُ؟». قَالَ: قُلْتُ:

---

(١) أخرجه: مالك في «الموطأ/ رواية محمد بن الحسن» [٣/٣٥]، ومن طريقه: البخاري في كتاب الأحكام/باب كتاب الحاكم إلىٰ عماله [رقم/٧١٩٢]، ومسلم في كتاب القَسامة والمحاربين/باب القَسامة [رقم/١٦٦٩]، بهذا الإسناد به.

(٢) في «الأصل»: «عبد الله». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقع في «شرح معاني الآثار».

(٣) في «فا٢»، و«ن»، و«غ»، و«ر»: «الكُبْرُ». والمثبت من «الأصل»، وهو الموافق لِمَا وقع في «شرح معاني الآثار».

. . . .

وَكَيْفَ نَرْضَىٰ بِأَيْمَانِهِمْ وَهُمْ مُشْرِكُونَ؟. قَالَ: «فَيُقْسِمُ مِنْكُمْ خَمْسُونَ أَنَّهُمْ قَتَلُوهُ». قَالُوا: كَيْفَ نُقْسِمُ عَلَىٰ مَا لَمْ نَرَ؟ فَوَدَاهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ مِنْ عِنْدِهِ»[(١)].

وهذا نَصٌّ في البدايةِ بيمينِ المدَّعَىٰ عليهم.

وقالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله **في «مختصرِه»**: حَدَّثَنَا الهَرَوِيُّ، قَالَ: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ شُجَاعٍ، عَنْ مُوسَىٰ بْنِ دَاوُدَ، عَنْ مُعَمَّر بْنِ سُلَيْمَانَ، عن خُصَيْفٍ، عَنْ زِيَادِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَىٰ النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: إِنِّي وَجَدْتُ أَخِي قَتِيلًا فِي بَنِي فُلَانٍ، فَقَالَ: **«اجْمَعْ مِنْهُمْ خَمْسِينَ، فَيَحْلِفُونَ بِاللهِ مَا قَتَلُوا، وَلَا عَلِمُوا قَاتِلًا»**. فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، لَيْسَ لِي مِنْ أَخِي إِلَّا هَذَا؟ قَالَ: **«بَلَىٰ مِئَةٌ مِنَ الْإِبِلِ»**[(٢)(٣)].

ومعنىٰ حديثِ الخَصْمِ: أَنَّه كانَ علىٰ سبيلِ الإنكارِ عليهم، كأنَّه قالَ: أَتَدَّعُون وتأخُذون؟ كقوله تعالىٰ: ﴿أَفَحُكْمَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ يَبْغُونَ﴾ [المائدة: ٥٠]، وذلكَ أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قالَ لهم: **«فَتُبْرِئُكُمْ يَهُودُ بِخَمْسِينَ يَمِينًا بِاللهِ مَا قَتَلْنَا»**. فقالُوا: كيفَ نَقْبَلُ أيمانَ قومٍ كفَّارٍ، فقالَ لهم رسولُ اللهِ ﷺ: **«أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ؟»**. يَعْنِي: أنَّ اليهودَ وإنْ كانوا كفَّارًا فليسَ عليهم فيمَا تدَّعُونَ عليهم غيرَ أيمانِهم.

---

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الأدب/ باب إكرام الكبير ويبدأ الأكبر بالكلام والسؤال [رقم/٥٧٩١]، ومسلم فيكتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات/ باب القسامة [رقم/١٦٦٩]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [١٩٧/٣]. من طريق يَحْيَىٰ بْن سَعِيد بإسناده به. والسياق للطحاوي.

(٢) علقه: الجصاص في «شرح مختصر الطحاوي» [١٢٣/٦]. عن مُحَمَّد بْن شُجَاع بإسناده به.
قال ابنُ أبي العز: «ولا يُعْرَف هذا الحديث في كُتبِ الحديث، وإنما رأيتُه في كُتبِ الأصحاب». وقال الزيلعي: «حديثُ ابن زياد غريب». وقال البدر العيني: «لم يَثْبت». ينظر: «التنبيه علىٰ مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٩٢٥/٥]. و«نصب الراية» للزيلعي [٣٩٤/٤]. و«البناية شرح الهداية» للبدر العيني [٣٣٢/١٣].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٤/ داماد].

....

قَالَ الطَّحَاوِيُّ رحمه الله: «والدَّليلُ علىٰ صحَّةِ هذا التَّأويلِ: ما قدْ حكَمَ به عُمَرِ بنُ الخطَّابِ رضي الله عنه بعدَ رسولِ اللهِ ﷺ بحَضْرةِ الصَّحابَةِ، فلم يُنْكِرْ عليه منهم مُنْكِرٌ، ومَحالٌ أنْ يَكُونَ عندَ الأنصارِ مِنْ ذلكَ [٤٧٠/٣ظ] عِلْمٌ، ولَا سيَّما مثلُ مُحَيِّصَةَ، فإنه قدْ كانَ حيًّا يومئذٍ وسَهْلٌ، ألَّا يُخْبِرُوه بما حكَم رسولُ اللهِ ﷺ»[1].

قَالَ الطَّحَاوِيُّ: فممَّا رُوِيَ عنْ عُمَر رضي الله عنه في ذلكَ: ما حَدَّثَنَا ابنُ مَرْزُوق، قَالَ: حَدَّثَنَا وَهْبُ بن جَرِيرٍ، قَالَ: حَدَّثَنَا شُعْبةُ، عن الحَكَم، عَنِ الْحَارِثِ بْنِ الْأَزْمَعِ، أنَّه قَالَ لِعُمَرَ: «أمَا تَدْفَعُ أَمْوَالُنَا عَنْ أَيمَانِنَا؟ قَالَ: لَا، وعَقَلَهُ»[2].

وقالَ الطَّحَاوِيُّ أيضًا: حَدَّثَنا فَهْدٌ قَالَ: حَدَّثَنا أبو غَسَّانَ قَالَ: حَدَّثَنَا زُهَيْرُ بْنُ مُعَاوِيَةَ قَالَ: حَدَّثَنَا أَبُو إِسْحَاقَ، عَنِ الْحَارِثِ بْنِ الْأَزْمَع قَالَ: «قُتِلَ قَتِيلٌ بَيْنَ وَادِعَةَ وَحَيٍّ آخَرَ، وَالْقَتِيلُ إِلَىٰ وَادَعَةَ أَقْرَبُ، فَقَالَ: عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رضي الله عنه لِوَادِعَةَ: يَحْلِفُ خَمْسُونَ رَجُلًا مِنْكُمْ بِاللهِ مَا قَتَلْنَاهُ، وَلَا نَعْلَمُ قَاتِلًا ثُمَّ قال: أَغْرِمُوا، فَقَالَ لَهُ الْحَارِثُ: نَحْلِفُ وَتُغَرِّمُنَا؟ [٢٢٣/٨ظ/م] قَالَ: نَعَمْ»[3].

وقالَ الطَّحَاوِيُّ رحمه الله **أيضًا**: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ خُزَيْمَةَ قَالَ: حَدَّثَنَا يُوسُفُ بْنُ عَدِيٍّ قَالَ: حَدَّثَنَا عُثْمَانُ بْنُ مَطَرٍ، عَنْ أَبِي حَرِيز، عَنِ الشَّعْبِيِّ، عَنِ الْحَارِثِ الْوَادِعِيِّ قَالَ: «أَصَابُوا قَتِيلًا بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ، فكَتَبُوا فِي ذَلِكَ إِلَىٰ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رضي الله عنه، وَكَتَبَ

---

(١) ينظر: «شرح معاني الآثار» للطحاوي [٢٠١/٣].

(٢) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٨٢٦٦]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٢٠١/٣]، من طريق الحَكَم، عَنِ الْحَارِثِ بْنِ الْأَزْمَعِ به.

قال العيني: «إسناده صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيِّ [٣٨٦/١٥].

(٣) أخرجه: أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/٢٧٨١٣]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٢٠١/٣]، من طريق إِسْحَاقَ، عَنِ الْحَارِثِ بْنِ الْأَزْمَعِ به.

قال العيني: «إسناده صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيِّ [٣٨٧/١٥].

. . . .

عُمَرُ: قِيسُوا بَيْنَ الْقَرْيَتَيْنِ، فَأَيُّهُمَا كَانَ إِلَيْهِ أَدْنَىٰ؛ فَخُذُوا خَمْسِينَ قَسَامَةً، فَيَحْلِفُونَ بِاللهِ، ثُمَّ غَرِّمْهُمُ الدِّيَةَ. قَالَ الْحَارِثُ: فَكُنْتُ فِيمَنْ أَقْسَمَ، ثُمَّ غَرِمْنَا الدِّيَةَ»[1].

فهذه القَسَامةُ الَّتي حَكَمَ بها أصحابُ رسولِ اللهِ ﷺ، وقدْ وافَقَ ذلكَ قولَ رسولِ اللهِ ﷺ أنَّه قالَ: «**لَوْ يُعْطَىٰ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ؛ لَادَّعَىٰ نَاسٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَىٰ المدَّعَىٰ عَلَيْهِ**»[2]، روَاهُ ابنُ عبَّاسٍ، فسَوَّىٰ رسولُ اللهِ ﷺ بينَ الأموالِ والدِّماءِ، وحَكَمَ فيها بحُكْمٍ واحدٍ، فثَبَتَ بذلكَ: أنَّ حديثَ سهلٍ، هوَ علىٰ هذا المعنىٰ[3].

وقالَ الطَّحَاوِيُّ أيضًا: حَدَّثَنَا أبو بِشْرٍ الرَّقِّيُّ، حَدَّثَنَا أَبُو مُعَاوِيَةَ الضَّرِيرُ، عَنِ ابْنِ أَبِي ذِئْبٍ، عَنِ الزُّهْرِيِّ ﷺ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَضَىٰ بِالْقَسَامَةِ عَلَىٰ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِمْ»[4].

فدلَّ ذلك: أنَّ القَسَامةَ علىٰ المُدَّعَىٰ عليهم، لَا علىٰ المُدَّعِين علىٰ ما بيَّنَ الزُّهْرِيُّ. كذا في «**شرحِ الآثارِ**»[5].

ولأنَّ يمينَ المُدَّعِي تُثْبِتُ قولَه، فلَا يَسْتَحِقُّ بها المالَ كالدَّعوىٰ.

---

(١) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٣/٢٠٢]، بهذا الإسناد به.
قال العيني: «هذا إسناد معلول». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيّ [١٥/٣٨٧].

(٢) أخرجه: البخاري في كتاب تفسير القرآن/باب ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ﴾ [رقم/٤٥٥٢]، ومسلم في كتاب الأقضية/باب اليمين علىٰ المدعىٰ عليه [رقم/١٧١١]، وغيرهما من حديث ابن عبَّاسٍ ﷺ.

(٣) ينظر: «شرح معاني الآثار» للطحاوي [٣/٢٠٢].

(٤) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/٢٧٨١٩]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٣/٢٠٢]، من طريق ابْنِ أَبِي ذِئْبٍ، عَنِ الزُّهْرِيِّ به.

(٥) ينظر: «شرح معاني الآثار» للطحاوي [٣/٢٠٢].

وَقَالَ مَالِكٌ: يَقْضِي بِالْقَوَدِ إذَا كَانَتْ الدَّعْوَىٰ فِي الْقَتْلِ الْعَمْدِ وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ، واللَّوْثُ عِنْدَهُمَا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ عَلَامَةُ الْقَتْلِ عَلَىٰ وَاحِدٍ بِعَيْنِهِ أَوْ ظَاهِرٍ يَشْهَدُ لِلْمُدَّعِي مِنْ عَدَاوَةٍ ظَاهِرَةٍ أَوْ شَهَادَةِ عَدْلٍ أَوْ جَمَاعَةٍ غَيْرِ عُدُولٍ

غاية البيان

ثُمَّ مالكٌ[1] يَتَمَسَّكُ باستحقاقِ الأولياءِ القَوَدَ بقَسَامَتِهم بقولِه ﷺ: «**تَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ**»[2].

وجوابُه: ما قالَ محمَّدُ [بنُ الحسنِ][3] ﵀ في «**مُوطَّئِه**»[4]: أنَّ رسولَ الله ﷺ قالَ لهم: «**أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ**»[5]. يَعْنِي: بالدِّيَةِ ليسَ بالقَوَدِ، يَدُلُّ علىٰ أنَّه أرادَ الدِّيَةَ دونَ القَوَدِ: قولُه ﷺ في أوَّلِ الحديثِ: «**إِمَّا أَنْ يَدُوا صَاحِبَكُمْ، وَإِمَّا أَنْ يُؤْذِنُوا بِحَرْبٍ**»[6]. وهذا لأنَّ الدَّمَ قدْ يَسْتَحِقُّ بالدِّيَةِ، كما يَسْتَحِقُّ بالقَوَدِ، ولوْ كانَ المرادُ القَوَدَ لقالَ: أتَحْلِفُونَ وتَسْتَحِقُّونَ دَمَ [مَنِ][7] ادَّعَيْتُم، فيَكُونُ هذا علىٰ القَوَدِ.

قولُه: (واللَّوْثُ عِنْدَهُمَا)، أي: عندَ مالكٍ والشَّافِعِيِّ ﵄، وتفسيرُ اللَّوثِ عندَهما قدْ أمْضَيْنَاه.

يُقالُ: بينهم لَوْثٌ، أي: شَرٌّ [٣/٤٧١و]، وطلَبٌ بِحِقْدٍ، مأخوذٌ مِنْ قولِهم: لَوَّثَ الماءَ: كَدَّرَهُ، ولَوَّثَ ثيابَه بالطِّينِ، أي: لطَّخَها فتَلَوَّثَتْ.

---

(١) ينظر: «التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب» لخليل بن إسحاق [٢٠٦/٨]، و«الفواكه الدواني علىٰ رسالة ابن أبي زيد القيرواني» للنفراوي [١٧٩/٢].

(٢) سبق تخريجه قريبًا.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٤) ينظر: «الموطأ» لمحمد بن الحسن [٣٥/٣].

(٥) مضىٰ تخريجه.

(٦) مضىٰ تخريجه.

(٧) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

أَنَّ أَهْلَ الْمَحَلَّةِ قَتَلُوهُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ؛ فَمَذْهَبُهُ مِثْلُ مَذْهَبِنَا، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يُكَرِّرُ الْيَمِينَ بَلْ يَرُدُّهَا عَلَى الْوَلِيِّ، فَإِنْ حَلَفُوا لَا دِيَةَ عَلَيْهِمْ لِلشَّافِعِيِّ فِي الْبَدَاءِ بِيَمِينِ الْوَلِيِّ قَوْلُهُ - ﷺ - لِلْأَوْلِيَاءِ «فَيُقْسِمُ مِنْكُمْ خَمْسُونَ أَنَّهُمْ قَتَلُوهُ» وَلِأَنَّ الْيَمِينَ تَجِبُ عَلَى مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ وَلِهَذَا تَجِبُ عَلَى صَاحِبِ الْيَدِ، فَإِذَا كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْوَلِيِّ يَبْدَأُ بِيَمِينِهِ وَرَدُّ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعِي أَصْلٌ لَهُ كَمَا فِي النُّكُولِ، غَيْرَ أَنَّ هَذِهِ دَلَالَةٌ فِيهَا نَوْعُ شُبْهَةٍ وَالْقِصَاصُ لَا يُجَامِعُهَا وَالْمَالُ يَجِبُ مَعَهَا فَلِهَذَا وَجَبَتْ الدِّيَةُ. [٢٧٤/ظ]

وَلَنَا قَوْلُهُ - ﷺ - «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[1] وَرَوَى ابْنُ الْمُسَيَّبِ «أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - بَدَأَ بِالْيَهُودِ بِالْقَسَامَةِ وَجَعَلَ الدِّيَةَ عَلَيْهِمْ لِوُجُودِ

غاية البيان

قولُه: (فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ؛ فَمَذْهَبُهُ مِثْلُ مَذْهَبِنَا)، أي: إنْ لَمْ يُوجَدِ اللَّوْثُ، وهوَ دليلٌ ظاهرٌ على القتلِ، فمذهبُ مالكٍ رحمه الله مثلُ مذهبِنا في أنَّ القولَ قولُ المُدَّعَى عليه بيمينِه، كما [٢٢٤/٨و/م] في سائرِ الدَّعاوَى، وكذا قولُ الشَّافِعِيِّ رحمه الله، غيرَ أنَّه لَا يَتَكَرَّرُ اليمينُ، بَلْ يرُدُّها على الوَلِيِّ. يَعْنِي: عندَنا تُكَرَّرُ اليمينُ على المدَّعَى عليهم إذا لم يَكْمُلْ عددُهم خمسينَ، وعندَ الخصمِ: لَا تُكَرَّرُ، بل تُرَدُّ على الوَلِيِّ، وفيه نظَرٌ؛ لأنَّ مذهبَ مالكٍ والشَّافِعِيِّ رحمهما الله ليسَ كذلكَ؛ لأنَّهما يبْدَآنِ بيمينِ الوَلِيِّ إذا وُجِدَ اللَّوْثُ، فإذا نَكَلَ الوَلِيُّ عنِ اليمينِ، فحينئذٍ تُرَدُّ على المدَّعَى عليهم، وقدْ مَرَّ بيانُه عنْ كُتُبِهم.

قولُه: (وَالْقِصَاصُ لَا يُجَامِعُهَا)، أي: لَا يَثْبُتُ القِصاصُ مع الشُّبهَةِ.

قولُه: (وَرَوَى ابْنُ الْمُسَيَّبِ)، هوَ سَعيدُ بنُ المُسَيَّبِ، وهوَ مِنْ أعلى طبقاتِ التَّابعينَ، ولكنْ في ذِكْرِه نظَرٌ؛ لأنَّه لم يُذْكَرْ روايتُه في كُتُبِ الحديثِ في هذا

(١) في حاشية الأصل: «خ: المدعى عليه».

الْقَتِيلِ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ» وَلِأَنَّ الْيَمِينَ حُجَّةٌ لِلدَّفْعِ دُونَ الِاسْتِحْقَاقِ وَحَاجَةُ الْوَلِيِّ إِلَى الِاسْتِحْقَاقِ وَلِهَذَا لَا يَسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ الْمَالَ الْمُبْتَذَلَ فَأَوْلَى أَنْ لَا يَسْتَحِقَّ بِهِ النَّفْسَ الْمُحْتَرَمَةَ..

وَقَوْلُه: **يَتَخَيَّرُهُمُ الْوَلِيُّ** إِشَارَةً إِلَى أَنَّ خِيَارَ تَعْيِينِ الْخَمْسِينَ إِلَى الْوَلِيِّ لِأَنَّ الْيَمِينَ حَقُّهُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَخْتَارُ مِنْ يَتَّهِمُهُ بِالْقَتْلِ أَوْ يَخْتَارُ صَالِحِي أَهْلِ الْمَحَلَّةِ لِمَا أَنَّ تَحَرُّزَهُمْ عَنْ الْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ أَبْلَغُ التَّحَرُّزِ فَيَظْهَرُ الْقَاتِلُ، وَفَائِدَةُ الْيَمِينِ النُّكُولُ، فَإِنْ كَانُوا لَا يُبَاشِرُونَ وَيَعْلَمُونَ يُفِيدُ يَمِينَ الصَّالِحِ عَلَى الْعِلْمِ بِأَبْلَغَ مِمَّا يُفِيدُ يَمِينُ الطَّالِحِ.

غاية البيان

البابِ، مثلِ: «**الموطَّأِ**»، و«**الصَّحيحِ**»، و«**السُّننِ**»، و«**شرحِ الآثارِ**» وغيرِ ذلكَ، نَعَمْ قدْ رُوِيَ عنِ الزُّهْرِيِّ ﷺ ذلكَ في «**شرحِ الآثارِ**»[1] وقد مَرَّ ذِكْرُه آنفًا.

قولُه: (**وَقَوْلُه: يَتَخَيَّرُهُمُ الْوَلِيُّ**)، إشارةٌ إلى أنَّ خيارَ التَّعْيينِ في الخمسينَ إلى الوَلِيِّ، أي: قولُ القُدُورِيِّ ﷺ في «**مختصرِه**»: «يتخَيَّرُهم الوَلِيُّ»[2]. إشارةٌ إلى أنَّ خيارَ التَّعْيينِ إلى الدَّمِ، وإنَّما كانَ الخيارُ إليه؛ لأنَّ الأَيْمانَ حقٌّ له، فكانَ الخيارُ إليه، ولأنَّ في اختيارِه فائدةً، وهوَ أنَّه يَخْتَارُ مَنْ يَتَّهِمُه بالقتلِ[3]، أو يَخْتَارُ صالِحي القَبيلةِ الَّذينَ لَا يَحْلِفُونَ على الكذبِ، ولهذا جُعِلَ الخيارُ إليه دونَ السُّلطانِ؛ لأنَّ التَّحليفَ حقُّ الأولياءِ؛ لكونِه ذريعةً إلى حقِّهم.

وإنْ كانَ في أهلِ المحلَّة صالحونَ، وطالِحونَ؛ يَتَخَيَّرُ الأولياءُ الصَّالحينَ إنْ أحبُّوا ذلك، وقد مَرَّ روايةُ الْكَرْخِيِّ فيه، وإنْ كانَ تهمةُ القتلِ في الطَّالِحينَ أكثرَ؛

(١) ينظر: «شرح معاني الآثار» للطحاوي [٣/٢٠٢].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٩٢].

(٣) في «الأصل»: «في القتل». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

وَلَوِ اخْتَارُوا مِنْهُمْ أَعْمَىٰ ، أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ جَازَ ؛ لِأَنَّهُ يَمِينٌ وَلَيْسَ بِشَهَادَةٍ .

قَالَ: فَإِذَا حَلَفُوا ؛ قُضِيَ عَلَىٰ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِالدِّيَةِ ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ الْوَلِيُّ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا تَجِبُ الدِّيَةُ لِقَوْلِهِ - ﷺ - فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللهِ بْنِ سَهْلٍ - رضي الله عنه - «تُبَرِّئُكُمُ الْيَهُودُ بِأَيْمَانِهَا» وَلِأَنَّ الْيَمِينَ عُهِدَ فِي الشَّرْعِ مُبَرِّئًا لِلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ لَا مُلْزِمًا كَمَا فِي سَائِرِ الدَّعَاوَىٰ .

غاية البيان

لأنَّ التَّحليفَ لفائدةِ النُّكولِ ، فكانَ تحليفُ الَّذي يتوَرَّعُ عادةً عنِ الكذبِ أولىٰ ؛ لحصولِ العِلمِ بالقتلِ عندَ نُكولِه .

ولكنْ إذا اختارَهم الوَلِيُّ ؛ يَحْلِفُ كلُّ واحدٍ منهم: باللهِ ما قتلْتُ ، ولَا علمْتُ له قاتلًا ، ولَا يَقولُ: باللهِ ما قَتَلْنا ، ولَا عَلِمْنا له قاتلًا ، بلفظِ إسنادِ الفِعلِ إلىٰ الجماعةِ ؛ لأنَّه يَجُوزُ أنْ يَكُونَ هوَ قاتلًا وحْدَه ، وبلفظِ الجمعِ يَنفِي أنْ يَكُونَ قاتلًا معَ الجماعةِ ، وكذلكَ في جانبِ العِلمِ ؛ لأنَّه يَجُوزُ أنْ يَكُونَ هوَ عالمًا بالقتلِ وحْدَه ، وهوَ يَنْفِي أنْ يَكُونَ غيرُه عالمًا معه .

قولُه: (وَلَوِ اخْتَارُوا مِنْهُمْ أَعْمَىٰ ، أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ جَازَ) ، وهذه مِنْ مسائلِ «**الأصلِ**»[1] [٨/٢٢٤ظ/م] ذَكَرها تفريعًا علىٰ مسألةِ «**المختصرِ**» .

وذلكَ لأنَّها يمينٌ محضةٌ ، وليسَتْ بشهادةٍ ولهما أهلِيَّةُ اليمينِ فيُحَلَّفانِ ؛ لأنَّ احتمالَ العِلمِ والقتلِ ثابتٌ في حَقِّهما ، بخلافِ اللِّعانِ ، حيثُ لَا يَجُوزُ اللِّعانُ [٣/٤٧١ظ] منهما ؛ لأنَّ اللِّعانَ شهادةٌ ، وليسَ لهما أهليَّةُ أداءِ الشَّهادةِ .

قولُه: (قَالَ: فَإِذَا حَلَفُوا ؛ قُضِيَ عَلَىٰ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِالدِّيَةِ ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ الْوَلِيُّ)[2] ،

---

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٦/٥٦٦/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية] .

(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص ٢٤٧] ، «المبسوط» [٢٦/١٠٦ - ١٠٩] ، «مختلف الرواية» [٤/١٨٩٦] ، «الاختيار» [٥/٥١٧ ، ٥١٨] ، «تبيين الحقائق» [٦/١٦٩] ، «الجوهرة النيرة»=

. . . .

أي: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصرِه»[(١)].

وقالَ الشَّافِعِيُّ ﵁: إذا حَلَفَ المدَّعَىٰ عليهم بالقتلِ بَرِئوا[(٢)]؛ لأنَّ الحَلِفَ مُبْرِئٌ، فلَا يَجِبُ معه شيءٌ، كما في سائرِ الدَّعاوَىٰ.

ولنا: أنَّ النَّبِيَّ ﷺ جمَعَ بين الدِّيَةِ والقَسَامةِ في حديثِ سَهْلِ بن أبي حَثْمَةَ، وحديثِ زيادِ بنِ أبي مَريمَ[(٣)]، وقضىٰ عُمَر[(٤)] ﵁ [بالقَسامةِ والدِّيَةِ أيضًا بحضورِ الصَّحابةِ ﵃، فحلَّ محلَّ الإجماعِ، حتَّىٰ قالوا لعُمرَ ﵁][(٥)] لمَّا قَضَىٰ عليهم بالدِّيةِ: «لَا أَيْمَانُنَا تَدْفَعُ عَنْ أَمْوَالِنَا، وَلَا أَمْوَالُنَا تَدْفَعُ عَنْ أَيْمَانِنَا»، فقالَ عُمَر ﵁: «أَمَّا أَيْمَانُكُم فَلِحَقْنِ دِمَائِكُم، وَأَمَّا أمْوَالُكُم فلِوُجُودِ الْقَتِيلِ بَيْنَ أَظْهُرِكُمْ»[(٦)].

وقولُ الخصمِ: الحَلِفُ مُبْرِئٌ، قلْنا: نحنُ نَقولُ بمُوجبِه، ولكنْ مُبْرِئٌ عمَّا وَجَبَ لأجْلِه الحَلِفُ، وهوَ القِصاصُ لَا عنْ غيرِه، كما إذا كانَتِ الدَّعوىٰ علىٰ الشَّيءِ، فحَلَفَ المُدَّعَىٰ عليه علىٰ ذلكَ الشَّيءِ؛ انقطعَتِ الخصومةُ عنه، وهنا فيما نحنُ فيه استُحْلِفَ كلُّ واحدٍ منهم علىٰ القتلِ.

فباليمينِ انقطعَتِ الخصومةُ عنْ دعوىٰ القتلِ، فلَمْ يَجِبُ القِصاصُ، ولكنْ

= [١٨٥/٢]، «رد المحتار» [٦٦٩/٦]، «تكملة البحر الرائق» (٤٤٩/٨].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٩٢].

(٢) ينظر: «الأم» للشافعي [٩٣/٨]، و«الحاوي الكبير» للماوردي [٢٥/١٣].

(٣) سبق تخريجهما.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٦) أخرجه: الْكَرْخِيُّ في «مختصره»: بإسناده إلىٰ ابن الأعرج قَالَ: حَدَّثَنَا الحارث بن الأَزْمَع عن عُمَر ﵁ بنحوه كما سيأتي بعد قليل. وقد سبق تخريجُه مِن رواية الطحاوي بإسناده عن الحَكَم، عَنِ الْحَارِثِ بْنِ الأَزْمَعِ أنّه قَالَ لِعُمَرَ: «أَمَا تَدْفَعُ أَمْوَالُنَا عَنْ إِيمَانِنَا؟ قَالَ: لَا، وعَقَلَهُ». وسيأتي تمام تخريجه بعد قليل.

وَلَنَا أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - جَمَعَ بَيْنَ الدِّيَةِ وَالْقَسَامَةِ فِي حَدِيثِ [ابن][1] سَهْلٍ وَفِي حَدِيثِ زِيَادِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ، وَكَذَا جَمَعَ عُمَرُ - رضي الله عنه - بَيْنَهُمَا عَلَىٰ وَادِعَةَ.

وَقَوْلُهُ - ﷺ - «تُبَرِّئُكُمْ الْيَهُودُ» مَحْمُولٌ عَلَى الْإِبْرَاءِ عَنْ الْقِصَاصِ وَالْحَبْسِ، وَكَذَا الْيَمِينُ مُبَرِّئَةٌ عَمَّا وَجَبَ لَهُ الْيَمِينُ وَالْقَسَامَةُ مَا شُرِعَتْ لِتَجِبَ الدِّيَةُ إذَا نَكَلُوا، بَلْ شُرِعَتْ لِيَظْهَرَ الْقِصَاصُ بِتَحَرُّزِهِمْ عَنْ الْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ فَيُقِرُّوا بِالْقَتْلِ، فَإِذَا حَلَفُوا حَصَلَتْ الْبَرَاءَةُ عَنْ الْقِصَاصِ.

ثُمَّ الدِّيَةُ تَجِبُ بِالْقَتْلِ الْمَوْجُودِ مِنْهُمْ ظَاهِرًا لِوُجُودِ الْقَتِيلِ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ لَا بِنُكُولِهِمْ، أَوْ وَجَبَتْ بِتَقْصِيرِهِمْ فِي الْمُحَافَظَةِ كَمَا فِي الْقَتْلِ الْخَطَإِ.

غاية البيان

وَجَبَ عليه حقٌّ آخرُ، لَا لكونِه قاتلًا، بلْ لتقصيرِهم في صِيانةِ المحلَّةِ عنْ فسادِ القتلِ؛ لأنَّه لولا تقصيرُهم لَمَا وقَعَ هذا الأمرُ، والتَّسبيبُ في القتلِ بهذا الطريقِ مُوجبٌ للدِّيةِ في الشَّرعِ، ألَا تَرىٰ أنَّ العاقِلَةَ يُؤْخَذونَ بالدِّيةِ وهم ما قتلُوا، ولكنْ قَصَّرُوا في صيانةِ وَلِيِّهِم عنْ ذلكَ، حتَّىٰ وقعَ فيما وقعَ، فأُلْحِقَ التَّسْبِيبُ بالمباشرةِ في إيجابِ الدِّيَةِ صيانةً للدَّمِ عنِ الإهدارِ.

فَإِنْ قُلْتَ: إذا لم تَكُنِ اليمينُ مُبْرِئَةً عنِ الدِّيَةِ، فما فائدةُ قولِه ﷺ: «**فَتُبْرِئُكُمْ يَهُودُ بِخَمْسِينَ يَمِينًا أَنَّهُمْ لَمْ يَقْتُلُوهُ؟**»[2].

قُلْتُ: فائدتُه البراءةُ عنِ القِصاصِ الَّذي وَجَبَ اليمينُ لأجْلِه، لَا البراءةُ عنِ الدِّيَةِ، بدليلِ ما رَوَيْنا؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ وعُمَرَ رضي الله عنه جَمَعَا بينَ الدِّيَةِ والقَسامةِ.

قولُه: (عَلَىٰ وَادِعَةَ)، وهيَ بَطْنٌ مِن هَمْدَانَ. كذا ذَكَر الْكَلْبِيُّ في «**جمهرةِ**

(١) ليس بالأصل.

(٢) سبق تخريجه.

وَمَنْ أَبَىٰ مِنْهُمُ الْيَمِينَ؛ حُبِسَ حَتَّىٰ يَحْلِفَ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ فِيهِ مُسْتَحَقَّةٌ لِذَاتِهَا تَعْظِيمًا لِأَمْرِ الدَّمِ وَلِهَذَا يُجْمَعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدِّيَةِ، بِخِلَافِ النُّكُولِ فِي [٢٧٥/و] الْأَمْوَالِ لِأَنَّ الْيَمِينَ بَدَلٌ عَنْ أَصْلِ حَقِّهِ وَلِهَذَا يَسْقُطُ بِبَذْلِ الْمُدَّعِي وَفِيمَا

النَّسبِ»[١].

قولُه: (وَمَنْ أَبَىٰ مِنْهُمُ الْيَمِينَ؛ حُبِسَ حَتَّىٰ يَحْلِفَ)، ذَكَرَه تفريعًا علىٰ مسألةِ «المختصرِ».

قالَ الْكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصرِه»[٢]: «ومَن أَبىٰ منهم أنْ يحلفَ؛ حُبِسَ حتَّىٰ يَحْلِفَ أو يُقِرَّ، فيَلْزَمُه ما أقرَّ به [٨/٢٢٥و/م]»، أي: مَنْ نَكَلَ مِنَ الخمسينَ الَّذينَ اختارَهم الوَلِيُّ عنِ اليمينِ حُبِسَ حتَّىٰ يَحْلِفَ أو يُقِرَّ، وذلكَ لأنَّ اليمينَ واجبٌ عليهم، فَمَنْ نَكَلَ منعَ حقًّا واجبًا عليه، ومَنْعُ الحَقِّ ظُلْمٌ، وجزاءُ الظُّلم الحبسُ، فإذا حَلَفَ دفعَ القتلَ، وإذا أقرَّ وَجَبَ مُوجبُ ما أقرَّ به؛ لأنَّ إقرارَه حجَّةٌ عليه.

فَإنْ قُلْتَ: كيفَ لَا يُحْكَمُ بمجرَّدِ النُّكولِ، كما يُحْكَمُ في النُّكولِ عنْ دعوىٰ المالِ؟

قُلْتُ: اليمينُ في بابِ القَسَامةِ مُسْتحقَّة لذاتِها. أَعْنِي: أنَّها نَفْسُ الحقِّ، وليسَتْ ببدلٍ عنِ الدِّيَةِ تعظيمًا لأمْرِ الدَّمِ، ولوْ كانَتْ بدلًا عنها لَمْ يُجْمَعْ بينَ اليمينِ والدِّيَةِ، فدلَّ أنَّها مُسْتحقَّة لذاتِها، بخلافِ النُّكولِ عنِ اليمينِ في دعوىٰ المالِ، حيثُ يَجِبُ المالُ؛ لأنَّ اليمينَ ثَمَّةَ بَدَلٌ عنْ أصْلِ حقِّ المدَّعِي، وأصْلِ حقِّه في المالِ.

والدَّليلُ علىٰ كونِها بدَلًا: أنَّ المدَّعَىٰ عليه لو بَذلَ المُدَّعَىٰ؛ يسْقُطُ اليمينُ، وفي بابِ القَسَامةِ لَا يسْقُطُ اليمينُ ببَذْلِ [٣/٤٧٢و] الدِّيَةِ، بَلْ يَجِبُ اليمينُ المُكرَّرةُ.

---

(١) لم نظفر به في مظانِّه مِن: «جمهرة النَّسب» للْكَلْبِيِّ، والعبارةُ بنحوها ثابتة في: «نسب معد واليمن الكبير» للْكَلْبِيِّ [٣٦٤/١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٦/ داماد].

نَحْنُ فِيهِ لَا يَسْقُطُ بِبَذْلِ الدِّيَةِ، هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا ادَّعَىٰ الْوَلِيُّ الْقَتْلَ عَلَىٰ جَمِيعِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَىٰ عَلَىٰ الْبَعْضِ لَا بِأَعْيَانِهِمْ، وَالدَّعْوَىٰ فِي الْعَمْدِ أَوِ الْخَطَأِ لِأَنَّهُمْ لَا يَتَمَيَّزُونَ عَنْ الْبَاقِي.

غاية البيان

قولُه: (هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا ادَّعَىٰ الْوَلِيُّ الْقَتْلَ عَلَىٰ جَمِيعِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَىٰ عَلَىٰ الْبَعْضِ لَا بِأَعْيَانِهِمْ، وَالدَّعْوَىٰ فِي الْعَمْدِ أَوِ الْخَطَأِ)، أي: وجوبُ القَسامةِ والدِّيَةِ فيما إذا كانَتْ دعوىٰ القتلِ علىٰ أهلِ المحلَّةِ جميعًا، أَوْ علىٰ بعضِهم، لَا بأعيانِهم، سواءٌ كانَ الدَّعوىٰ في العمدِ أو الخطأِ؛ لأنَّ البعضَ إذا لم يَكُنْ معيَّنًا لا يَتَمَيَّزُ عنِ البعضِ الآخرِ، فصارَ كما إذا ادَّعىٰ علىٰ الجميعِ.

فأمَّا إذا ادَّعىٰ علىٰ البعضِ بعَيْنِه أنَّه قتلَ وليَّه عمدًا أو خطأً: قالَ صاحبُ «الهدايةِ» ﷺ: (فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ)، يَعْنِي: تَجِبُ القَسامةُ والدِّيَةُ، قالَ: (يَدُلُّ عَلَيْهِ: إِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْكِتَابِ)، أي: في كتابِ الْقُدُورِيِّ، أشارَ به إلىٰ ما ذكرَ بقولِه: «وإذا وُجِدَ القتيلُ في محلَّةٍ لَا يُعْلَمُ مَنْ قَتلَه؛ استُحْلِفَ خمسونَ رَجُلًا منهم...»[1]. إلىٰ آخرِه؛ لأنَّه أطلقَ وجوبَ القَسامةِ والدِّيَةِ علىٰ أهلِ المحلَّةِ، ولم يُقيِّدِ الدَّعوىٰ بالوقوعِ علىٰ الجميعِ، أو علىٰ البعضِ لَا بأعيانِهم أَوْ بأعيانِهم.

وأجابَ في «المبسوطِ»[2] كذلكَ، أَعْنِي: أنَّه أَوْجَبَ القَسامةَ والدِّيَةَ فيما إذا كانَ الدَّعوىٰ علىٰ البعضِ بعَيْنِه.

قالَ الْقُدُورِيُّ ﷺ في كتابِ «التَّقريبِ»: «قالَ في «الأصلِ»: إذا ادَّعىٰ الوَلِيُّ علىٰ واحدٍ مِنْ أهلِ المحلَّةِ بعَيْنِه؛ فالقَسامةُ والدِّيَةُ بِحَالِها[3].

وقالَ أبو يُوسُفَ ﷺ: القياسُ: أنْ تسْقُطَ القَسامةُ إلَّا أَنا تَرَكْناه للأثرِ، وحكَىٰ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٩٢].
(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسيّ [٢٦/١٩٣].
(٣) في «الأصل»: «بحالهما». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

وَلَوْ ادَّعَىٰ عَلَىٰ الْبَعْضِ بِأَعْيَانِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَ وَلِيَّهُ عَمْدًا أَوْ خَطأً فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ، يَدُلُّ عَلَيْهِ إِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْكِتَابِ، وَهَكَذَا الْجَوَابُ فِي «الْمَبْسُوطِ».

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الْأَصْلِ أَنَّ فِي الْقِيَاسِ تَسْقُطُ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَنْ الْبَاقِينَ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ، وَيُقَالُ لِلْوَلِيِّ أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟ فَإِنْ قَالَ لَا يُسْتَحْلَفُ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ يَمِينًا وَاحِدَةً.

غاية البيان

هشامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ ﷺ: أنَّ القسامةَ تسْقُطُ، وهوَ روايةُ ابنِ المباركِ عنْ أبي حَنِيفَةَ». إلىٰ هنا لفظُ «التَّقريبِ».

وجهُ القياسِ: أنَّ دَعْوَاهُ علىٰ واحدٍ منهم براءةٌ لِبقِيَّتِهم، فلَمْ يَجُزْ إيجابُ القَسَامةِ والدِّيَةِ منْ غيرِ دَعْوىٰ، فيَجِبُ يمينٌ واحدةٌ، ولأنَّ القياسَ يأبىٰ وجوبَ القَسَامةِ علىٰ أهلِ المحلَّةِ؛ لاحتمالِ القتلِ مِنْ غيرِهم، وإنَّما ثبتَتِ القَسَامةِ بالنَّصِّ إذا كانَ الدَّعوىٰ عليهم جَميعًا، والمكانُ يُنْسَبُ [٨/٢٢٥ظ/م] إليهم، فَبَقِيَ الحُكْمُ في الباقي، وهوَ ما إذا كانَ الدَّعوىٰ على البعضِ بعَيْنه علىٰ أصْلِ القياسِ، فلَمْ يَجِبُ القَسَامةُ.

وجهُ الاستحسانِ في وجوبِ القَسَامةِ والدِّيَةِ علىٰ أهلِ المحلَّةِ فيما إذا كانَ الدَّعوىٰ علىٰ البعضِ بعَيْنه: عدمُ فَصْلِ النصِّ الواردِ في بابِ القَسَامةِ بينَ دعوىٰ ودعوىٰ، فتُرِكَ القياسُ بالنَّصِّ، فوَجَبَ القَسَامةُ والدِّيَةُ، وهذا بخلافِ ما إذا ادَّعىٰ الوَلِيُّ القتلَ علىٰ واحدٍ منْ غيرِ أهلِ المحلَّةِ؛ لا يَجِبُ القَسَامةُ فيه؛ لأنَّ النَّصَّ لم يَرِدْ بإيجابِها، والقياسُ يَأْباهُ، فامتنَعَ القَسَامةُ أصلًا.

ثُمَّ الحُكْمُ فيه إنْ كانَ للوَلِيِّ بَيِّنَةٌ حُكِمَ بها، وإلَّا يُسْتَحْلَفُ المدَّعىٰ عليه يمينًا واحدةً، فإنْ حَلَفَ بَرِئَ، وإنْ نَكَلَ يُنْظَر: فإنْ كانَ الدَّعوىٰ في المالِ ـ أَعْنِي: في القتلِ خطأً، أوْ في القطعِ خطأً ـ يَثْبُتُ المالُ، وإنْ كانَتْ في القِصاصِ؛ فهوَ علىٰ

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَاهُ لِاحْتِمَالِ وُجُودِ الْقَتْلِ مِنْ غَيْرِهِمْ، وَإِنَّمَا عُرِفَ بِالنَّصِّ فِيمَا إِذَا كَانَ فِي مَكَانٍ يُنْسَبُ إِلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ وَالْمُدَّعِي يَدَّعِي الْقَتْلَ عَلَيْهِمْ، وَفِيمَا وَرَاءَهُ بَقِيَ عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ وَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَى الْقَتْلَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ.

وَفِي الِاسْتِحْسَانِ تَجِبُ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ لِأَنَّهُ لَا فَصْلَ فِي إِطْلَاقِ النُّصُوصِ بَيْنَ دَعْوَى وَدَعْوَى فَنُوجِبُهُ بِالنَّصِّ لَا بِالْقِيَاسِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَصٌّ، فَلَوْ أَوْجَبْنَاهُمَا لَأَوْجَبْنَاهُمَا بِالْقِيَاسِ وَهُوَ مُمْتَنِعٌ، ثُمَّ حُكْمُ ذَلِكَ أَنْ يُثْبِتَ مَا ادَّعَاهُ إِذَا كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ اسْتَحْلَفَهُ يَمِيناً وَاحِدَةً لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَسَامَةٍ لِانْعِدَامِ النَّصِّ وَامْتِنَاعِ الْقِيَاسِ.

اختلافٍ مَضَى في بابِ اليمينِ في كتابِ الدَّعوى بينَ أبي حَنِيفَةَ وصاحِبَيْه.

بيانُه: أنَّه إذا ادَّعى [٣/٤٧٢ظ] قِصاصًا على غيرِه، فجَحَد استُحْلِفَ؛ لقولِه ﷺ: «**وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»[1]، فإنْ نَكَلَ عنِ اليمينِ فيما دونَ النَّفسِ؛ لزمَه القِصاصُ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، خلافًا لأبي يُوسُفَ ومُحَمَّدٍ ﷺ، فعندَهما: يَجِبُ الأَرْشُ بناءً على اختلافِهم في معنى النُّكولِ، فعندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّه في معنى البَذْلِ، وبذْلُ ما دونَ النَّفسِ يَصِحُّ منْ طريقِ الحُكْمِ، ألا تَرى أنَّ مَنْ أَذِنَ لرجُلٍ في قَطْعِ يدِه، ففَعلَ؛ لَمْ يَلْزَمْه قِصاصٌ، ولَا ضَمانٌ كما لوِ استوفاهُ بحقٍّ، فإذا صَحَّ بَذْلُهُ؛ جازَ استيفاؤه بالنُّكولِ كالأموالِ.

وعلى قولِهما: النُّكولُ قائمٌ مقامَ الإقرارِ، وليسَ بصريحٍ فيه، بدليلِ افتقارِه إلى حُكْمِ الحاكمِ، والإقرارُ حُكْمُه ثابتٌ بنفسِه، والقِصاصُ لَا يَثْبُتُ بما قامَ مقامَ الغيرِ، ومتى تعذَّر استيفاءُ القِصاصِ وَجَبَ المالُ، كَدَمِ العمدِ المشتركِ إذا عفى

(١) مضى تخريجه.

ثُمَّ إنْ حَلَفَ بَرِئَ وَإِنْ نَكَلَ فالدعوىٰ في المال يثبت به، وَإِنْ كَانَ فِي القِصَاصِ فَهُوَ عَلَىٰ اخْتِلَافٍ مَضَىٰ فِي كِتَابِ الدَّعْوَىٰ سَنَذْكُرُهُ مِنْ بَعْدُ إن شاء الله تعالىٰ.

قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَكْمُلْ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ كُرِّرَتْ عَلَيْهِمُ الْأَيْمَانُ حَتَّىٰ تَتِمَّ خَمْسِينَ؛

غاية البيان

أحدُ الشَّريكيْنِ.

وإنْ نَكَلَ في النَّفسِ حُبِسَ حتَّىٰ يُقِرَّ، أو يحْلِفَ، أوْ يموتَ جُوعًا عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ.

وقالا: يَلْزَمُه الأرْشُ، كما في النُّكولِ في [الطَّرَفِ][1].

وقدْ كانَ القياسُ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنْ يُقْتَصَّ منه لِمَا مَرَّ فيما دونَ النَّفسِ، وإنَّما استحسَنَ في إسقاطِ القِصاصِ استعظامًا لحُرمةِ النَّفسِ، ألَا ترىٰ أنَّه تعلَّق به ما لم يَتَعَلَّقْ بغيرِها مِنْ تكرارِ الأَيْمانِ، ووجوبِ الكفَّارةِ، فلذلك افترقا، وإنَّما قالَ: يُحْبَسُ؛ لأنَّ اليمينَ قدْ يَكُونُ نَفْسَ الحقِّ؛ بدليلِ اجتماعِ الدِّيَةِ والقَسامةِ في القتيلِ الَّذي يُوجَدُ في المحلَّةِ، وإذا جازَ أنْ يَكُونَ نَفْسَ الحقِّ، فمتىٰ امتنَعَ مِنْ إيفائِها، وتعذَّرَ الحُكْمُ بمُوجِبِ نُكولِه، وَجَبَ أنْ يُحْبَسَ، وعلىٰ قولِهما: لَمَّا تعَذَّرَ استيفاءُ القِصاصِ وَجَبَ المالُ، وباقي التَّقريرِ مَرَّ في بابِ اليمينِ مِنْ كتابِ الدَّعوىٰ.

قولُه: (سَنَذْكُرُهُ مِنْ بَعْدُ)، أي: سَنَذْكُرُ حُكْمَ مَنِ ادَّعىٰ علىٰ واحدٍ مِنْ غيرِ أهلِ المحلَّةِ بعدَ ورقتَيْنِ عندَ قولِه [٨/٢٢٦و/م]: (وَإِنِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ المَحَلَّةِ سَقَطَ عَنْهُمْ).

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَكْمُلْ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ كُرِّرَتْ عَلَيْهِمُ الأَيْمَانُ حَتَّىٰ تَتِمَّ خَمْسِينَ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»[2].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٩٢].

لِمَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ لَمَّا قَضَىٰ فِي الْقَسَامَةِ وَافَىٰ إِلَيْهِ تِسْعَةٌ وَأَرْبَعُونَ رَجُلًا

وذلكَ لأنَّ الخمسينَ يمينًا واجبٌ بالسُّنَّةِ، فيَجِبُ إكمالُها ما أمْكَنَ، وقدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ رضي الله عنه: أنَّه لَمَّا قَضَىٰ في القَسَامةِ وافاه تسعةٌ وأربعونَ رَجُلًا، فكرَّرَ اليمينَ علىٰ رَجُلٍ منهم حتَّىٰ تمَّتِ الخمسونَ، ثمَّ قَضَىٰ بالدِّيةِ.

رَوَاهُ الْكَرْخِيُّ في «مختصرِه»: بإسنادِه إلىٰ ابْنِ الأَعْرَجِ قَالَ: حَدَّثَنَا الحَارِثُ بْنُ الأَزْمَعِ: «أَنَّهُ كَانَ فِيمَنْ حَلَفَ، فَأَقْسَمُوا بِاللهِ مَا قَتَلْنَاهُ، وَلَا عِلْمنَا لَهُ قَاتِلًا، وَكَانُوا تِسْعَةً وَأَرْبَعِينَ رَجُلًا، فَأَخَذَ عُمَرُ مِنْهُم رَجُلًا حَتَّىٰ تَمُّوا خَمْسِينَ، فَقَالُوا: نُعْطِي أَمْوَالَنَا وَأَيْمَانَنَا؟ قالَ عُمَرُ رضي الله عنه: نَعَمْ، فَبِمَ يَبْطُلُ دَمُ هَذَا؟»(۱)(۲).

فإنْ قِيلَ: أيُّ فائدةٍ [۳/٤٧٣و] في تكرارِ اليمينِ، ومَن حَلَفَ مرَّةً يَحْلِفُ أُخرىٰ، وهوَ الظَّاهرُ؟

قلْنا: لَا حاجةَ إلىٰ بيانِ الفائدةِ؛ لأنَّ التَّكرارَ ثبَتَ بالسُّنَّةِ، أوْ نَقُولُ: الفائدةُ استعظامُ أمْرِ الدَّمِ، ولهذا قُلْنا بتكرارِ اليمينِ في اللِّعانِ، وذلكَ يمينٌ عندَ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه، وعندَنا: مشتملٌ علىٰ معنىٰ اليمينِ والشَّهادةِ، ثُمَّ إذا كانَ العددُ كاملًا، فليسَ لِلْوَلِيِّ أنْ يكرِّرَ اليمينَ علىٰ بعضِهم زيادةً علىٰ الخمسينَ يمينًا؛ لأنَّه حَصَلَ إقامةُ السُّنَّةِ، ولَا ضرورةَ إلىٰ الزِّيادةِ.

قولُه: (وَافَىٰ إِلَيْهِ)، هكذا ذَكَرَ صاحبُ **«الهدايةِ»** رحمه الله، وأهلُ اللُّغةِ يَقُولُونَ:

---

(۱) مضىٰ تخريجه بنحوه من رواية الطحاوي، وقد أخرجه الشافعي في: «الأم» [۸/۳۱]. ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [۸/۱۲٤]، وفي «معرفة السنن والآثار» [۱۲/۱٦]، أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ عَنْ مَنْصُورٍ عَنِ الشَّعْبِيِّ: «أَنَّ عُمَرَ رضي الله عنه كَتَبَ فِي قَتِيلٍ وُجِدَ بَيْنَ خَيْرَانٍ وَوَدَاعَةَ أَنْ يُقَاسَ مَا بَيْنَ الْقَرْيَتَيْنِ، فَإِلَىٰ أَيِّهِمَا كَانَ أَقْرَبَ أُخْرِجَ إِلَيْهِ مِنْهَا خَمْسُونَ رَجُلًا حَتَّىٰ يُوَافُوهُ بِمَكَّةَ، فَأَدْخَلَهُمُ الْحِجْرَ فَأَحْلَفَهُمْ، ثُمَّ قَضَىٰ عَلَيْهِمْ بِالدِّيَةِ، فَقَالُوا: مَا دَفَعَتْ أَمْوَالَنَا أَيْمَانُنَا، وَلَا أَيْمَانُنَا أَمْوَالَنَا».
وينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [۸/٥١٥ ـ ٥١٦].

(۲) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/۳٤٥/ داماد].

فَكَرَّرَ الْيَمِينَ عَلَىٰ رَجُلٍ مِنْهُمْ حَتَّىٰ تَمَّتْ خَمْسِينَ ثُمَّ قَضَىٰ بِالدِّيَةِ.

وَعَنْ شُرَيْحٍ وَالنَّخَعِيِّ مِثْلُ ذَلِكَ، وَلِأَنَّ الْخَمْسِينَ وَاجِبٌ بِالسُّنَّةِ فَيَجِبُ إِتْمَامُهَا مَا أَمْكَنَ، وَلَا يُطْلَبُ فِيهِ [٢٧٥/ظ] الْوُقُوفُ عَلَىٰ الْفَائِدَةِ لِثُبُوتِهَا بِالسُّنَّةِ، ثُمَّ فِيهِ اسْتِعْظَامُ أَمْرِ الدَّمِ، فَإِنْ كَانَ الْعَدَدُ كَامِلًا فَأَرَادَ الْوَلِيُّ أَنْ يُكَرِّرَ عَلَىٰ أَحَدِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، لِأَنَّ الْمَصِيرَ إِلَىٰ التَّكْرَارِ ضَرُورَةُ الْإِكْمَالِ.

قال: **قَالَ: وَلَا قَسَامَةَ عَلَىٰ صَبِيٍّ أو مَجْنُونٍ**[1]؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الْقَوْلِ الصَّحِيحِ وَالْيَمِينُ قَوْلٌ.

قَالَ (وَلَا امْرَأَةٍ وَلَا عَبْدٍ) لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ النُّصْرَةِ وَالْيَمِينُ عَلَىٰ أَهْلِهَا.

قَالَ (**وَإِنْ وُجِدَ مَيِّتًا وَلَا أَثَرَ بِهِ؛ فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ**؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَتِيلٍ، إِذْ

غاية البيان

وَافَاهُ، أي: أَتَاهُ بدونِ الصِّلَةِ.

قولُه: (**قَالَ: وَلَا قَسَامَةَ عَلَىٰ صَبِيٍّ، وَلَا مَجْنُونٍ**)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «**مختصرِه**»، وتمامُه فيه: «ولا امرأةٍ ولَا عَبْدٍ»[2]. وذلكَ لأنَّ اليمينَ قولٌ، ولَا صحَّةَ لقولِ الصَّبِيِّ والمجنونِ.

وأمَّا المرأةُ والعبدُ: فلأنَّهما ليْسَا مِنْ أهلِ النُّصْرةِ، ووجوبُ القَسَامةِ علىٰ مَنْ ينْصُرُ البُقعةَ، ولأنَّ هؤلاءِ أتباعٌ في المحلَّةِ وليسوا بأصولٍ[3].

قولُه: (**وَإِنْ وُجِدَ قَتِيلًا، وَلَا أَثَرَ بِهِ؛ فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ**)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «**مختصرِه**»، وتمامُه فيه: «وكذلكَ إذا كانَ الدَّمُ يَسِيلُ مِنْ دُبُرِه، أَوْ أَنفِه، أَوْ

(١) في حاشية الأصل: «خ: ولا مجنون».

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: «الأصل» [٥٩٥/٤]، «المبسوط» [١٣٢/٢٧]، «بدائع الصنائع» [٣٠٨/٦، ٣٠٩]، «الاختيار» [٥٢٢/٥]، «تبيين الحقائق» [١٧٨/٦]، «الفتاوىٰ الهندية» [١٠٠/٦، ١٠٤].

الْقَتِيلُ فِي الْعُرْفِ مَنْ فَاتَتْ حَيَاتُهُ بِسَبَبٍ يُبَاشِرُهُ حَيٌّ وَهَذَا مَيِّتٌ حَتْفَ أَنْفِهِ،

غاية البيان

فَمِه، وإنْ كانَ يَخْرُجُ مِن عَيْنِه، أوْ أُذُنِه؛ فهوَ قتيلٌ»[1]. إلى هنا لفظُ «المختصر».

وصاحبُ «الهدايةِ» ﷺ لَمْ يَذْكُرْ فيها الأنفَ، والغالبُ أنَّه سهْوُ القلَمِ؛ لأنَّه ذكَرَه في «البدايةِ»، كما قرَّر القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره».

والأصلُ فيه: أنَّ القتيلَ اسمٌ لمَيِّتٍ ماتَ بسببٍ باشَرَه حَيٌّ عادةً، فإذا وُجِدَ في المحلَّةِ سببٌ قاتلٌ عادَةً يُوجَدُ مِنَ العبادِ، يُسْتَدلُّ به على أنَّه قتيلٌ، وإلَّا فلَا، وخروجُ الدَّمِ مِنْ موضعٍ يَخْرُجُ منه الدَّمُ عادةً مِنْ غيرِ ضَرْبٍ؛ لَا يَكُونُ أثرًا لقتلٍ، كما إذا خرَجَ مِن فَمِه، أوْ أَنْفِه؛ لأنَّه قد يَكُونُ ذلكَ مِن رُعافٍ، فلم يَصْلُحْ [٨/٢٢٦ظ/م] دليلًا على وجودِ ضَرْبٍ في المحلِّ.

وكذلكَ إنْ خرَجَ مِن دُبُرِه؛ لَا يَكُونُ دليلًا على القتلِ، فإنَّه قد يَكُونُ لعلَّةٍ في الباطنِ، وقدْ يَكُونُ لأكْلِ شيءٍ غيرِ مُوافقٍ، وكذلكَ إنْ خرَجَ مِن الإحليلِ؛ لَا يَكُونُ ذلكَ دليلًا على القتلِ؛ لأنَّه قَدْ يَكُونُ ذلكَ لعِرْقٍ انفَجَرَ في الباطنِ، أوْ لضَعْفِ الكُلَى، أو لضَعْفِ الكَبِدِ، وقدْ يَقَعُ منْ شدَّةِ الخوفِ أيضًا، فأمَّا إذا خرَجَ الدَّمُ مِن أُذُنه، أوْ عَيْنِه؛ كانَ ذلكَ دلالةَ القتلِ ظاهرًا؛ لأنَّ الدَّمَ لَا يَخْرُجُ منهما عادةً إلَّا بضَرْبٍ حادثٍ.

قالَ فخرُ الإسلامِ ﷺ **في «شرحِ الزِّياداتِ»**: «ودلالةُ القتلِ جراحةٌ تُوجَدُ، أو دمٌ يَخْرُجُ مِن عَيْنِه، أوْ أُذُنِه، أوْ يصْعَدُ مِنْ جَوْفِه إلى فِيهِ، فأمَّا ما يَخْرُجُ مِنْ أَنْفِه، أوْ دُبُرِه، أو ذَكَرِه، أوْ يَنْزِلُ مِنْ رأسِه إلى فِيهِ؛ فليسَ يَصْلُحُ دليلًا على القتلِ». إلى هنا لفظُه.

فعلى ما ذَكَرَه: يَنْبَغِي أنْ يَكُونَ الجوابُ في الدَّم الخارجِ [٣/٤٧٣ظ] منَ الفمِ

(١) ينظر: نفس المصدر.

وَالْغَرَامَةُ تَتْبَعُ فِعْلَ الْعَبْدِ وَالْقَسَامَةُ لِاحْتِمَالِ[١] الْقَتْلِ ثُمَّ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَسَمُ فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَكُونَ بِهِ أَثَرٌ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَىٰ كَوْنِهِ قَتِيلًا ، وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ بِهِ جِرَاحَةٌ أَوْ أَثَرُ ضَرْبٍ أَوْ خَنْقٍ ، وَكَذَا إِذَا كَانَ خَرَجَ الدَّمُ مِنْ عَيْنِهِ أَوْ أُذُنِهِ لِأَنَّهُ لَا يَخْرُجُ مِنْهَا إِلَّا بِفِعْلٍ مِنْ جِهَةِ الْحَيِّ عَادَةً ، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَرَجَ مِنْ فِيهِ أَوْ دُبُرِهِ أَوْ ذَكَرِهِ لِأَنَّ الدَّمَ يَخْرُجُ مِنْ هَذِهِ المخارق[٢] عَادَةً بِغَيْرِ فِعْلِ أَحَدٍ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الشَّهِيدِ.

وَلَوْ وُجِدَ بَدَنُ الْقَتِيلِ ، أَوْ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ الْبَدَنِ ، أَوِ النِّصْفُ وَمَعَهُ الرَّأْسُ فِي مَحَلَّةٍ ؛ فَعَلَىٰ أَهْلِهَا الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ .

غاية البيان

علىٰ التَّفصيلِ .

قولُه: (وَالْغَرَامَةُ) ، أرادَ بها: الدِّيَةَ ، يَعْنِي: أنَّ غَرامةَ الدِّيَةِ إنَّما تَلْزَمُ العبدَ إذا وُجِدَ فِعْلُ القتلِ ، وإذا لَمْ يُوجَدْ فلَا .

قولُه: (وَالْقَسَامَةُ لِاحْتِمَالِ الْقَتْلِ) ، يَعْنِي: أنَّ القَسَامَةَ أيضًا إنَّما تَجِبُ علىٰ أهلِ المحلَّةِ لاحتمالِ وُقوعِ القتلِ منهم ، فيَظْهَرُ ذلكَ بالقَسَامَةِ ، فإذا لَمْ يَكُنِ القتلُ محتملًا لعدمِ أثَرِه ؛ فلَا تَجِبُ القَسَامةُ .

قولُه: (ثُمَّ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَسَمُ) ، أي: يَجِبُ علىٰ العبدِ اليمينُ .

قولُه: (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الشَّهِيدِ) ، يَعْنِي: في كتابِ الصَّلاةِ في بابِ الشَّهيدِ.

قولُه: (وَلَوْ وُجِدَ بَدَنُ الْقَتِيلِ ، [أَوْ][٣] أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ الْبَدَنِ ، أَوِ النِّصْفُ وَمَعَهُ الرَّأْسُ فِي مَحَلَّةٍ ؛ فَعَلَىٰ أَهْلِهَا الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ .

---

(١) في حاشية الأصل: «خ: احتمال».

(٢) في حاشية الأصل: «خ: المخارج».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«غ» ، و«قا٢» ، و«م» ، و«ر».

وَإِنْ وُجِدَ نِصْفُهُ مَشْقُوقًا بِالطُّولِ، أَوْ وُجِدَ أَقَلُّ مِنَ النِّصْفِ وَمَعَهُ الرَّأْسُ، أَوْ يَدُهُ، أَوْ رِجْلُهُ، أَوْ رَأْسُهُ؛ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ هَذَا حُكْمٌ عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ

غاية البيان

وَإِنْ وُجِدَ نِصْفُهُ مَشْقُوقًا بِالطُّولِ، أَوْ وُجِدَ أَقَلُّ مِنَ النِّصْفِ وَمَعَهُ الرَّأْسُ، أَوْ يَدُهُ، أَوْ رِجْلُهُ، أَوْ رَأْسُهُ؛ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ)[1].

وهذه مِنْ مسائلِ [«الأصلِ»[2] ذكَرَها][3] تفريعًا على مسألةِ «المختصرِ»، وذلكَ لأنَّ وُجوبَ القَسَامةِ على أهلِ المحلَّةِ، ووجوبَ الدِّيَةِ على عَواقِلِهِم ثبَتَ بالنَّصِّ، بخلافِ القياسِ، والنَّصُّ وَرَدَ في كلِّ البَدنِ، وأكثرُ البَدنِ كُلٌّ حُكْمًا، وإنْ لَمْ يَكُنْ كُلًّا حقيقةً، فأُلحِقَ أكثرُ البَدنِ بالبَدنِ في وجوبِ القَسَامةِ والدِّيَةِ تعظيمًا لأمرِ الدَّمِ، وما سواه ليسَ بِكُلٍّ أصْلًا، لَا حقيقةً ولَا حُكْمًا، فَبَقِيَ على أصْلِ القياسِ، فلم يَجِبْ فيه القَسامةُ والدِّيَةُ.

ولأنَّه إذا وُجِدَ الأقلُّ، وجرَىٰ فيه القَسامةُ والدِّيَةُ، ثمَّ إذا وُجِدَ الباقي في محلَّةٍ أُخرىٰ؛ يَلْزَمُ فيه القَسامةُ والدِّيَةُ أيضًا؛ لأنَّه إذا وَجَب القَسامةُ فيه والدِّيَةُ في الأقلِّ؛ كانَ وجوبُهما في الأكثرِ أَوْلَىٰ، فيتكَرَّرُ [٨/٢٢٧و/م] القَسامةُ والدِّيَةُ، والتكرُّرُ فيهما ليسَ بمشروعٍ.

بخلافِ ما إذا وجبَتِ القَسامةُ والديةُ في الأكثرِ[4] أوّلًا، حيثُ لَا يَلْزَمُ القَسامةُ والدِّيَةُ في الأقلِّ ثانيًا إذا وُجِدَ في محلَّةٍ أُخرىٰ؛ لأنَّه لَا يَلْزَمُ منَ الوجوبِ في الأكثرِ الوجوبُ في الأقلِّ؛ لأنَّ في الأكثرِ إنَّما وَجَبَ ذلكَ؛ لأنَّه في معنىٰ

---

(١) ينظر: «الأصل» [٤/٤٣٠ ـ ٤٣٣]، «مختصر الطحاوي» [ص/٢٤٨]، «المبسوط» [٢٦/١١٠، ١١٦]، «بدائع الصنائع» [٦/٣٥٦، ٣٥٧]، «تبيين الحقائق» [٦/١٧٠، ١٧٢]، «تكملة البحر الرائق» [٨/٤٤٧]، «الفتاوىٰ الهندية» [٦/٩٣، ٩٤].

(٢) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٦/٥٦٩/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) في «الأصل»: «الأصول ذكره». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

(٤) في «الأصل»: «الأقل». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

وَقَدْ وَرَدَ بِهِ فِي الْبَدَنِ، إِلَّا أَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الْكُلِّ تَعْظِيمًا لِلْآدَمِيِّ، بِخِلَافِ الْأَقَلِّ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِبَدَنٍ وَلَا مُلْحَقٍ بِهِ فَلَا تَجْرِي فِيهِ الْقَسَامَةُ، وَلِأَنَّا لَوْ اعْتَبَرْنَاهُ يَتَكَرَّرُ الْقَسَامَتَانِ وَالدِّيَتَانِ بِمُقَابَلَةِ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَلَا يَتَوَالَيَانِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الْمَوْجُودَ الْأَوَّلَ إِنْ كَانَ بِحَالٍ لَوْ وُجِدَ الْبَاقِي تَجْرِي فِيهِ الْقَسَامَةُ لَا تَجِبُ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ بِحَالٍ لَوْ وُجِدَ الْبَاقِي لَا تَجْرِي فِيهِ الْقَسَامَةُ تَجِبُ، وَالْمَعْنَى مَا أَشَرْنَا إِلَيْهِ. وَصَلَاةُ الْجِنَازَةِ فِي هَذَا تَنْسَحِبُ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ لِأَنَّهَا لَا تَتَكَرَّرُ.

غاية البيان

الكلِّ حُكْمًا، ولم يُوجَدْ هذا المعنى في الأقلِّ.

قولُه: (يَتَكَرَّرُ الْقَسَامَتَانِ وَالدِّيَتَانِ)، وكانَ يَنْبَغِي أَلَّا يَذْكُرَهُمَا بلفظِ التَّثنيةِ؛ لأنَّه حينئذٍ يَكُونُ أكثرَ مِنَ القَسَامَتَيْنِ والدِّيَتَيْنِ، وليسَ كذلكَ، ولكنَّه أرادَ بذلكَ ثبوتَ القَسَامةِ مُكرَّرًا، وثبوتَ الدِّيَةِ مكرَّرًا.

قولُه: (وَالْأَصْلُ فِيهِ)، أي: الأصلُ في وُجوبِ القَسَامةِ والدِّيَةِ، وعدمِ وُجوبِها إذا وُجِدَ بعضُ القتيلِ: أنَّ البعضَ الَّذي وُجِدَ إذا كانَ بحالٍ لوْ وُجِدَ [باقي البدنِ تَجْرِي فيه القَسَامةُ والديةُ، لَا يَجْريانِ في الموجودِ أوَّلًا، وإنْ كانَ الموجودُ أوَّلًا بحالٍ لوْ وُجِدَ الباقي؛ لَا يَجْرِيانِ في][1] الباقي، يَجْريانِ في الموجودِ أولًا. والمعنى في وجوبِهما وعدمِ وجوبِهما تكرُّرُ القَسَامةِ والدِّيَةِ وعدمُ تكرُّرِهما.

قولُه: (وَصَلَاةُ الْجِنَازَةِ فِي هَذَا)، أي: في وجودِ بعضِ الميِّتِ تَنْسَحِبُ على هذا الأصلِ. يَعْنِي: إذا وُجِدَ الأكثرُ يُصَلَّى عليه وإلَّا فلَا، وإنَّما انسحبَتْ على الأصلِ المذكورِ؛ لأنَّ صلاةَ الجنازةِ لَا تتكرَّرُ كما أنَّ القَسَامةَ لَا تتكرَّرُ.

قالَ في «الفتاوى الصُّغرى»: «إذا وُجِدَ منَ الميِّتِ أقلُّ منَ النِّصفِ، وليسَ [٣/٤٧٤ظ] فيه الرَّأْسُ؛ لَا يُصَلَّى عليه، وهذا إشارةٌ إلى أنَّه إذا كانَ معه الرَّأْسُ يُصَلَّى

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

وَلَوْ وُجِدَ فِيهِمْ جَنِينٌ، أَوْ سِقْطٌ لَيْسَ بِهِ أَثَرُ الضَّرْبِ؛ فَلَا شَيْءَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفُوقُ الْكَبِيرُ حَالًا (وَإِنْ كَانَ بِهِ أَثَرُ الضَّرْبِ [٢٧٦/د] وَهُوَ تَامُّ الْخَلْقِ وَجَبَتْ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ تَامَّ الْخَلْقِ يَنْفَصِلُ حَيًّا (وَإِنْ كَانَ نَاقِصَ الْخَلْقِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّهُ يَنْفَصِلُ مَيِّتًا لَا حَيًّا.

❁ غاية البيان ❁

عليه، ولو وُجِدَ النِّصفُ مَشقوقًا بنصفَيْنِ مع كلِّ نِصفٍ نصفٌ مِنَ الرَّأسِ؛ لَا يُغَسَّلُ، ولَا يُصلَّىٰ عليه، ولو وُجِدَ الرَّأسُ وحْدَه لَا يُصَلَّىٰ عليه، ولو وُجِدَ الكلُّ إلَّا الرَّأسَ يُصَلَّىٰ عليه، وكذا في القَسَامَةِ إذا وُجِدَ الرَّأسُ وحْدَه في المحلَّةِ؛ لَا يَجِبُ القَسَامَةُ، وإذا وُجِدَ البَدَنُ كلُّه إلا الرَّأسَ يَجِبُ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ «الفتاوىٰ الصُّغرىٰ».

قولُه: (وَلَوْ وُجِدَ فِيهِمْ جَنِينٌ، أَوْ سِقْطٌ لَيْسَ بِهِ أَثَرُ الضَّرْبِ؛ فَلَا شَيْءَ عَلَىٰ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ)، أي: لو وُجِدَ في المحلَّةِ.

وكانَ القياسُ أنْ يُقالَ: «فيها»، وإنَّما ذكرَ بلفظِ العقلاءِ؛ بتأويلِ إرادةِ القومِ، أو الجماعةِ، أو أهلِ المحلَّةِ، وقدْ ذكرَ هذه المسألةَ تفريعًا أيضًا.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «وإنْ وُجِدَ فيها جَنِينٌ، أو سِقْطٌ؛ فليسَ عليهم شيءٌ إذا لَمْ يَكُنْ به أثرٌ [٨/٢٢٧ظ/م]، وإنْ كانَ تامًّا وبه أثرٌ فهوَ قتيلٌ مُطْلَقٌ ظاهرًا، فيَجْرِي فيه القَسامةُ والدِّيَةُ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ تامَّ الخَلْقِ يَنْفَصِلُ حيًّا، فيَكُونُ قتيلًا ظاهرًا لوجودِ دليلِ القتلِ، وهوَ الأثرُ.

ولا يُقالُ: الظَّاهِرُ يَصْلُحُ حجَّةً للدَّفعِ، لَا للاستحقاقِ، ولهذا لَمْ يَجِبْ في عَيْنِ الصَّبِيِّ ولسانِه وذَكَرِه إذا لَمْ يُعْلَمْ صحتُه سِوىٰ حكومةِ العَدْلِ، ولَمْ يَجِبْ ما وَجَبَ في السَّليمِ منها، وإنْ كانَ الظَّاهرُ سلامتَها.

لأنَّا نَقُولُ: إنَّما لَمْ يَجِبْ في الأطرافِ قبْلَ أنْ يُعْلَمَ الصِّحَّةُ، ما يَجِبُ في

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٢٥].

قَالَ: وَإِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ؛ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ دُونَ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ فِي دَارِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ قَائِدَهَا أَوْ

السَّليمِ؛ لأنَّ الأطرافَ يُسْلَكُ بها مَسْلكُ الأموالِ، وليسَ لها تعظيمُ النُّفوسِ، فلم يَجِبْ فيها قبلَ العلمِ بالصِّحَّةِ منَ القِصاصِ والدِّيَةِ، بخلافِ الجَنينِ، فإنَّه نفسٌ مِنْ وجهٍ، عُضوٌ مِنْ وجهٍ.

فإذا انفصلَ تامَّ الخَلْقِ وبه أثرُ الضَّربِ؛ وَجَبَ فيه القَسامةُ والدِّيَةُ تعظيمًا للنُّفوسِ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه قتيلٌ لوجودِ دلالةِ القتلِ، وهوَ الأثرُ؛ إذِ الظَّاهرُ مِنْ حالِ تمامِ الخَلْقِ أنْ يَنْفَصِلَ حيًّا، وأمَّا إذا ما انفصلَ ميِّتًا، ولا أثرَ به، فلا يَجِبُ به شيءٌ؛ لأنَّ حالَه لا يَفُوقُ حالَ الكبيرِ، فإذا وُجِدَ الكبيرُ ميِّتًا، ولا أثرَ به؛ لا يَجِبُ فيه شيءٌ، فكذا هنا».

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ؛ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ دُونَ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[1].

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «وإذا وُجِدَ الرَّجلُ قتيلًا على دابَّةٍ يَسُوقُها رَجُلٌ، أوْ يَقُودُها، أو هوَ راكبُها؛ فهوَ على الَّذي معه الدَّابَّةُ؛ لأنَّه أقربُ النَّاسِ إليه، فيَكُونُ أَقْدَرَ على صيانتِه، وأَوْقَفَ على حالِه، فإنْ لم يَكُنْ معها أحدٌ؛ فعلى أهلِ المَحَلَّةِ الَّذينَ وُجِدَ فيهم على الدَّابَّةِ، لَا فَرْقَ بينَ أنْ يَكُونَ موضوعًا على الدَّابَّةِ، أوْ مطروحًا على الأرضِ، وكذلكَ الرَّجلُ يَحْمِلُ [٣/٢٧٤د] قتيلًا فهوَ عليه». إلى هنا لفظُه.

ولا يَتَفَاوَتُ بينَ أنْ تَكُونَ الدَّابَّةُ مِلْكًا للسَّائقِ، أو القائدِ، أو الرَّاكبِ؛ لأنَّ الرِّوايةَ مُطْلَقَةٌ في «الأصلِ»، و«الكافي» للحاكمِ، و«مختصرِ» الطَّحاويِّ[2]

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٩٢].

(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٢٥٠].

رَاكِبِهَا (فَإِنْ اجْتَمَعُوا فَعَلَيْهِمْ) لِأَنَّ الْقَتِيلَ فِي أَيْدِيهِمْ فَصَارَ كَمَا إذَا وُجِدَ فِي دَارِهِمْ.

غاية البيان

والْكَرْخِيِّ وغيرِها ، وذلكَ لأنَّ القتيلَ في يدِه، فكانَ أخصَّ به مِنْ أهلِ المحلَّةِ.

وأورَدُوا هنا سؤالًا وجوابًا فقالُوا: ما الفرقُ بينَ هذه المسألةِ على مذهبِ أبي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ ، حيثُ أوجَبُوا القَسامةَ والدِّيةَ على السَّائقِ أو القائدِ، مالكًا كانَ للدَّابَّةِ أوْ لم يَكُنْ، وفي القتيلِ إذا وُجِدَ في الدَّارِ لَمْ يُوجِبِ القَسامةَ والدِّيَةَ على السُّكَّان [٨/٢٢٨و/م]، بل على المُلَّاكِ. فأجابوا أوَّلًا بطريقِ المنعِ، وثانيًا بطريقِ التَّسليمِ.

أمَّا الأول: فقالوا: لَا نُسَلِّمُ أنَّ القَسامةَ والدِّيَةَ لَا تَجِبُ على مالكِ الدَّابَّةِ مُطلقًا، بل تَجِبُ عليه إذا كانَ مالكُ الدَّابَّةِ معروفًا.

وإنَّما وقَع جوابُ صاحبِ الكتابِ هكذا فيما إذا لَمْ يَكُنِ المالكُ معروفًا، ولكنَّه يُعْرَفُ ذلكَ بقولِ السَّائقِ والقائدِ، فإنَّه إذا لَمْ يَكُنِ المالكُ معروفًا؛ فالظَّاهرُ أنَّه هوَ المالكُ؛ لأنَّ اليَدَ دليلُ المِلْكِ، ولَا يُسْمَعُ قولُه في دعواه أنَّ المِلْكَ لغيرِه، كما في الدَّارِ أيضًا إذا لَمْ يَكُنْ مالكُها معروفًا لَا يُعْرَفُ ذلكَ إلَّا بقولِ ذي اليدِ، لَا يُسْمَع ذلكَ منه، بلْ يَجِبُ القَسامةُ والدِّيَةُ على ذي اليدِ، فلَمْ يَبْقَ إِذَنْ فرْقٌ بينَ الدَّابَّةِ والدَّارِ، وهذا قولُ بعضِ المشايخِ .

وأمَّا الثَّاني: فقالوا: إنَّما كانَ الجوابُ في الدَّابَّةِ مُطْلقًا على السَّائقِ والقائدِ؛ لأنَّ العِبْرَةَ في هذا البابِ للتَّصرُّفِ والتَّدبيرِ، فإنَّ ذلكَ في الدَّابَّةِ لمَنْ في يدِه الدَّابَّةِ، فيَكُونُ القَسامةُ والدِّيَةُ على مَنْ في يدِه الدَّابَّةُ، فإنَّ يَدَ المالكِ تَنْقَطِعُ عنِ الدَّابَّةِ بالإجارةِ والانفلاتِ عنْ يدِه، بخلافِ الدَّارِ، فإنَّ يدَ المالكِ وتدبيرَه فيها لَا تَزُولُ بالإجارةِ، ولهذا تَبْقَى مُؤْنةُ الدَّارِ على مالكِها كما كانَتْ، فكانَتِ القَسامةُ والدِّيَةُ على المالكِ، فظَهرَ الفرقُ.

وَإِنْ مَرَّتْ دَابَّةٌ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ وَعَلَيْهَا قَتِيلٌ ؛ فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا ؛ لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - أُتِيَ بِقَتِيلٍ وُجِدَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ فَأَمَرَ أَنْ يُذْرَعَ» . وَعَنْ عُمَرَ أَنَّهُ لَمَّا كُتِبَ

غاية البيان

قولُه: (وَإِنْ مَرَّتْ دَابَّةٌ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ وَعَلَيْهَا قَتِيلٌ ؛ فَهُوَ [عَلَى أَقْرَبِهِمَا][(١)])، ولفظُ مُحَمَّدٍ ﵀ في أصْلِ «الجامع الصَّغيرِ»: «وإذا كانَ على الدَّابَّةِ قتيلٌ، وهوَ يَمُرُّ بينَ القريتيْنِ ؛ كانَ على أقربِهما»[(٢)].

قالَ الحَاكِمُ الشَّهيدُ في «الكافي» ﵀: «وإذا وُجِدَ القتيلُ بينَ قريتيْنِ، أو سِكَّتيْنِ، فإنَّه يُقاسُ، فأيُّهما كانَ أقربَ ؛ كانَ عليهم القَسَامَةُ والدِّيَةُ»[(٣)].

والأصلُ في ذلكَ: ما رُوِيَ عنْ عُمَرَ ﵁: «أنَّه كُتِبَ إليه في قتيلٍ وُجِدَ بينَ وَادِعَةَ وَأَرْحَبَ، فكتَبَ ﵁: أن يُقاسَ بينَ القريتَيْنِ، فوُجِدَ إلى وَادِعَةَ أقربُ، فقَضَى عليهم بالقَسَامَةِ والدِّيَةِ»[(٤)]، وقدْ مَرَّ حديثُ عُمَرَ في مسألةِ أوَّلِ البابِ.

قالوا: وهذا إذا كانَ بحالٍ يُسْمَع الصَّوتُ منه ؛ لأنَّه إذا قُتِلَ في موضعٍ يَسْمعونَ صوتَه لوِ استغاثَ ؛ يَلْزَمُهم الغَوْثُ والنُّصْرةُ، فإذا تَرَكُوا النُّصْرةَ مع إمكانِ [٣/٤٧٥و] النُّصْرةِ ؛ نُسِبوا إلى التَّقصيرِ، فصارُوا كأنَّهم قَتَلُوه تقديرًا، فيَلْزَمُهم [القَسَامةُ][(٥)] والدِّيَةُ، بخلافِ ما إذا لَمْ يَكُنْ يُسْمَعُ الصَّوتُ منه، حيثُ لَا يَجِبُ عليهم النُّصرةُ لعدمِ القُدرةِ على النُّصرةِ ؛ لأنَّ القُدرةَ لَا تَتَحَقَّقُ بلا عِلْمٍ، فلَا يُجْعلونَ قاتِلِينَ تقديرًا لعدمِ نِسْبتِهم إلى التَّقصيرِ، فلَا يَجِبُ عليهم القَسَامةُ والدِّيَةُ، ولَا [٨/٢٢٨ظ/م] يَجِبُ شيءٌ على أحدٍ[(٦)].

---

(١) في «الأصل»: «لأقربهما». والمثبت من: «فا٢»، و«م».
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٣].
(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥١٦].
(٤) مضى تخريجه.
(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٦) ينظر: «الأصل» [٤/٤٣٢]، «مختصر الطحاوي» [ص/ ٢٤٩]، «المبسوط» [٢٦/١١٧، ١١٨]،=

إِلَيْهِ فِي الْقَتِيلِ الَّذِي وُجِدَ بَيْنَ وَادِعَةَ وَأَرْحَبَ كَتَبَ بِأَنْ يَقِيسَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ، فَوُجِدَ الْقَتِيلُ إِلَىٰ وَادِعَةَ أَقْرَبَ فَقَضَىٰ عَلَيْهِمْ بِالْقَسَامَةِ.

قِيلَ هَذَا مَحْمُولٌ عَلَىٰ مَا إِذَا كَانَ بِحَيْثُ يَبْلُغُ أَهْلَهُ الصَّوْتُ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ يَلْحَقُهُ الْغَوْثُ فَتُمْكِنُهُمُ النُّصْرَةُ وَقَدْ قَصَّرُوا.

قَالَ: وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارِ إِنْسَانٍ؛ فَالْقَسَامَةُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الدَّارَ فِي يَدِهِ (وَالدِّيَةُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ) لِأَنَّ نُصْرَتَهُ مِنْهُمْ وَقُوَّتَهُ بِهِمْ.

قولُه: (بَيْنَ وَادِعَةَ وَأَرْحَبَ)، هُما حَيَّان مِن هَمْدَانَ، منه قول الكُمَيْتِ في «الهاشِمِيَّات»[1] في أمْرِ الخلافةِ:

يَقُولُـونَ لَـمْ يُـورَثْ وَلَـوْلَا تُرَاثُـهُ ❊ لَقَـدْ شَـرِكَتْ فِيـهِ بَكِيـلُ وَأَرْحَـبُ

وَبَكِيلُ: حَيٌّ من هَمْدَانَ أيضًا، يَقُولُ: لولا أنَّ الخلافةَ مَوْرُوثَةٌ؛ لاشترك النَّاسُ كلُّهم فيها.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارِ إِنْسَانٍ؛ فَالْقَسَامَةُ عَلَيْهِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «والدِّيَةُ على عاقِلَتِه»[2].

وذلكَ لأنَّ صاحبَ الدَّارِ أخصُّ بنُصْرةِ الدَّارِ مِنْ أهلِ المحلَّةِ، فصارَ مع أهلِ المحلَّةِ بمنزلةِ أهلِ المحلَّةِ مع أهلِ المِصْرِ، فكما لَا يَدْخُلُ أهلُ المِصْرِ مع أهلِ المحلَّةِ، كذلكَ لَا يَدْخُلُ أهلُ المحلَّةِ مع صاحبِ الدَّارِ في القَسامةِ.

وأمَّا وجوبُ الدِّيَةِ على عاقِلَتِه: فلأنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ لأجْلِ النُّصْرةِ، ونُصْرةُ

= «بدائع الصنائع» [٦/٣٥٨، ٣٥٩]، «تبيين الحقائق» [٦/١٧٣، ١٧٤]، «الفتاوى الهندية» [٦/٩٨].

(١) ينظر: «الهاشميات» للكُمَيْت [ص/٤٢].
ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به على أنَّ أرْحَبَ حَيٌّ مِن هَمْدَانَ.

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٩٢].

قَالَ: وَلَا يَدْخُلُ السُّكَّانُ مَعَ الْمُلَّاكِ فِي الْقَسَامَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ

صاحبِ الدَّارِ علىٰ عاقِلَتِه[١]. كذا في «شرحِ أبي نصرٍ» رحمه الله.

وقالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في كتاب «التَّقريبِ»: «قالَ في «الأصلِ»[٢]: إذا وُجِدَ القتيلُ في دارٍ لرَجُلٍ اشتراها؛ فالقَسَامةُ تَجِبُ عليه، وعلىٰ قومِه الدِّيَةُ، وفي اختلافِ زُفَرَ ويَعْقُوبَ أنَّ القَسَامةَ تَجِبُ عليه وعلىٰ عاقِلَتِه.

وقالَ أبو يُوسُفَ رحمه الله: ليسَ علىٰ عاقِلَتِه قَسَامَةٌ.

قالَ: وكانَ أبو الحسنِ يَقُولُ: هذا علىٰ وجهَيْنِ: إنْ كانَتْ عاقِلَتُه حاضرةً دخلَتْ في القَسَامةِ، وإن كانَتْ غائبةً لم تَدْخُلْ.

أمَّا إذا كانَتْ حاضرةً: فلأنَّ التُّهْمةَ موجودةٌ في حَقِّهم، والقاتلُ يَجُوزُ أنْ يَكُونَ فيهم، فصارُوا كأهلِ المحلَّةِ.

وأمَّا إذا كانَتْ غائبةً: فلَا تُهْمةَ تَلْحَقُهم، فلم يَجُزْ دُخولُهم في القَسَامةِ، وليسَ كذلكَ الدِّيَةُ؛ لأنَّها تَجِبُ للنُّصْرةِ، وذلكَ موجودٌ في الغَيْبةِ.

وجهُ الرِّوايةِ الأُخرىٰ: أنَّهم لمَّا دَخَلُوا في الدِّيَةِ معَ الغَيْبةِ، فكذلكَ في القَسَامةِ كالحاضِرينَ». كذا في «التَّقريبِ».

قولُه: (قَالَ: وَلَا يَدْخُلُ السُّكَّانُ مَعَ الْمُلَّاكِ فِي الْقَسَامَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[٣].

وهذا قولُ مُحَمَّدٍ رحمه الله أيضًا، وقولُ أبي يُوسُفَ أوَّلًا[٤].

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢ق/١٧٨].

(٢) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٦/٥٦٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ٢٤٧]، «المبسوط» [١١٢/٢٦]، «بدائع الصنائع» [٣٦١/٦]،=

مُحَمَّدٍ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ هُوَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا؛ ....

غاية البيان

وقالَ ابنُ أبي لَيْلَىٰ ﵀: القَسَامةُ والدِّيةُ عليهم جميعًا، وهوَ قولُ أبي يُوسُفَ ﵀ آخِرًا. كذا ذَكَر شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﵀ في «شرحِ الكافي».

وقولُ مُحَمَّدٍ فيما ذكَرَه الثِّقاتُ كَالطَّحَاوِيِّ وغيرِه مع أبي حَنِيفَةَ ﵄، ولَا أدرِي أنَّ صاحبَ «النَّافع»[١] كيفَ جعَلَ قولَه مع أبي يوسفَ ﵀.

قال الطَّحَاوِيُّ في «مختصرِه»: «والقَسَامةُ علىٰ أهلِ الخِطَّةِ[٢]، لَا علىٰ السُّكَّانِ، ولَا علىٰ المُشْتَرِينَ، إلَّا ألَّا يَبْقَىٰ أحدٌ مِنْ أهلِ الخِطَّةِ، فيَكُونُ القَسَامةُ والدِّيَةُ علىٰ [٣/٤٧٥ظ] الَّذينَ تحوَّلَ [مِلْكُها إليهم][٣]، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ ﵄، وقد رَوَىٰ أصحابُ «الإملاءِ»: عنْ أبي يُوسُفَ ﵀: أنَّ القَسَامةَ والدِّيَةَ علىٰ السُّكَّانِ دونَ المالِكِينَ»[٤]. إلىٰ هنا لفظُ الطَّحَاوِيِّ ﵀.

وقالَ القُدُورِيُّ ﵀ في كتابِ «التَّقريبِ»: «وأمَّا المُلَّاكُ والسُّكَّانُ [٨/٢٢٩و/م]: فقالَ أبو حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٌ ﵄: الدِّيَةُ علىٰ المُلَّاكِ. وقالَ أبو يُوسُفَ ﵀: عليهما.

لهما: أنَّ المالكَ أخصُّ بالنُّصرةِ منَ السَّاكنِ، ألَا تَرىٰ أنَّ المالكَ يَقْصِدُ صيانةَ محلَّتِه، والسُّكَّانُ تَكُونُ فيها في وقْتٍ، وتَنْتَقِلُ إلىٰ آخرَ في وقْتٍ آخرَ، فإذا لَمْ يُوجَدْ في السَّاكنِ معنىٰ النُّصْرةِ؛ لم يَلْزَمْه العَقْلُ.

= «تبيين الحقائق» [٦/١٧٣]، «العناية» (١٠/٣٨٣]، «الفتاوىٰ الهندية» [٦/٩٤].

(١) هو «مختصر الفقه النافع» لأبي القاسم: محمد بن يوسف الحسيني، السمرقندي، الحنفي (توفىٰ سنة: ٦٥٦هـ). وهو مختصر يتبرَّكُون به. ينظر: «كشف الظنون» لحاجي خليفة [٢/١٩٢١].

(٢) أهلُ الخِطَّة: هم أصحاب الأمْلاك القديمة الذين تمَلَّكوها حين فَتَح الإمامُ البلدةَ وقَسَمها بين الغانِمين. ينظر: «طِلْبة الطَّلَبة» لأبي حفص النسفي [ص/١٦٧].

(٣) في «الأصل»: «ملكهم إليها». والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر الطحاوي».

(٤) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٢٤٧].

. . . .

ولا يَلْزَمُ إذا وُجِدَ القتيلُ في سفينةٍ أنَّ الدِّيَةَ علىٰ مَنْ فيها مِن مالكٍ وراكبٍ؛ لأنَّ السَّفينةَ تُنْقَلُ وتُحَوَّلُ، فضمانُ الدِّيَةِ فيها بثبوتِ اليدِ، لَا بالنُّصْرةِ، كالدَّابَّةِ إذا وُجِدَ عليها قتيلٌ، ولهذا أُلْزِمَ المَدَّادُ[1] العَقْلَ وإن لَمْ يَكُنْ في السَّفينةِ، كما لَزِمَ سائقَ الدَّابَّةِ وقائدَها.

ولأبي يُوسُفَ ﷺ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَلْزَمَ أهلَ خَيْبَرَ دِيَةَ عبدِ اللهِ بنِ سَهْلٍ، وقدْ كانوا سُكَّانًا بِخَيْبَرَ[2]؛ لأنَّ خَيْبَرَ كانَتْ للمسلمينَ؛ لأنَّهم افتتَحُوها، وكانَ اليهودُ عُمَّالَهم فيها، فلمَّا وُجِدَ فيها القتيلُ؛ جَعلَ رسولُ اللهِ ﷺ القَسامةَ فيه علىٰ اليهودِ السُّكَّانِ، لَا علىٰ المالِكِينَ.

والجوابُ عنْ ذلكَ: أنَّ الطَّحَاوِيَّ ﷺ رَوَىٰ بإسنادِه إلىٰ سُليمانَ بنِ بِلالٍ، عنْ يحيىٰ بنِ سعيدٍ: «أنَّ خَيْبَرَ يومئذٍ كانَتْ صُلْحًا»[3].

فإذا ثبَتَ ذلكَ: كانَتْ خَيْبَرُ مِلْكًا لليهودِ، فعُلِمَ أنَّ القتيلَ كانَ قبلَ الفَتحِ.

ولَئِنْ سَلَّمْنا أنَّه كانَ بعدَ الفَتحِ فنَقُولُ: إنَّ اليهودَ كانَ لهم أمْلاكٌ، ولهذا عَوَّضَهُمْ عُمَرُ ﷺ لمَّا أجْلَاهم». كذا قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «التَّقريبِ».

بيانُه: أنَّه ﷺ أقرَّهم علىٰ أمْلاكِهم، وكانَ ما يَأْخُذُه منهم علىٰ وجهِ الخَراجِ.

---

(١) **المَدَّادُ**: الظاهر أن المراد به هنا هو الذي يَدْفع السفِينةَ لتَمْخُر عُبَابَ الماء.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) يشير إلىٰ ما أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٣/١٩٩] من طريق سُلَيْمَان بْن بِلَالٍ، عَنْ يَحْيَىٰ بْنِ سَعِيدٍ: أَنَّ عَبْدَ اللهِ بْنَ سَهْلِ بْنِ زَيْدٍ، وَمُحَيِّصَةَ بْنَ مَسْعُودِ بْنِ زَيْدٍ الْأَنْصَارِيَّ، مِنْ بَنِي حَارِثَةَ خَرَجَا إِلَىٰ خَيْبَرَ فِي زَمَنِ رَسُولِ اللهِ ﷺ وَهِيَ يَوْمَئِذٍ صُلْحٌ وَأَهْلُهَا يَهُودُ...». وساق الحديث. **قال الطحاوي**: «فبَيَّنَ لنا هذا الحديثُ أنها كانت في وَقْت وجود عبد الله بن سهل فيها قتيلًا دار صُلْح ومُهادنة».

لِأَنَّ وِلَايَةَ التَّدْبِيرِ كَمَا تَكُونُ بِالْمِلْكِ تَكُونُ بِالسُّكْنَىٰ أَلَا تَرَىٰ «أَنَّهُ - ﷺ - جَعَلَ الْقَسَامَةَ وَالدِّيَةَ عَلَى الْيَهُودِ وَإِنْ كَانُوا سُكَّانًا بِخَيْبَرَ».

وَلَهُمَا أَنَّ الْمَالِكَ هُوَ الْمُخْتَصُّ بِنُصْرَةِ الْبُقْعَةِ دُونَ السُّكَّانِ لِأَنَّ سُكْنَىٰ الْمُلَّاكِ أَلْزَمُ وَقَرَارَهُمْ أَدْوَمُ فَكَانَتْ وِلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَيْهِمْ فَيَتَحَقَّقُ التَّقْصِيرُ مِنْهُمْ. وَأَمَّا أَهْلُ خَيْبَرَ فَالنَّبِيُّ - ﷺ - أَقَرَّهُمْ عَلَىٰ أَمْلَاكِهِمْ فَكَانَ يَأْخُذُ مِنْهُمْ عَلَىٰ وَجْهِ الْخَرَاجِ.

قَالَ: وَهِيَ عَلَىٰ أَهْلِ الْخِطَّةِ دُونَ الْمُشْتَرِينَ وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

غاية البيان

قولُه: (هُوَ عَلَيْهِمْ)، أي: القَسَامَةُ علىٰ السُّكَّانِ والمُلَّاكِ جميعًا، وإنَّما ذَكَّرَ الضَّميرَ الرَّاجِعَ إلىٰ المُؤنَّثِ علىٰ تأويلِ القَسَمِ والحَلِفِ، وأرادَ بالسُّكَّانِ: مَنْ يَسْكُنُ الدَّارَ بالإجارةِ، أو الاستعارةِ.

قولُه: (لِأَنَّ وِلَايَةَ التَّدْبِيرِ كَمَا تَكُونُ بِالسُّكْنَىٰ تَكُونُ بِالْمِلْكِ). وحقُّ الكلامِ أنْ يُقالَ: [لأنَّ][1] ولايةَ التَّدبيرِ كما تَكُونُ بالمِلْكِ؛ تَكُونُ بالسُّكنىٰ؛ لأنَّ في المِلْكِ اتِّفاقًا، فيَنْبَغِي أنْ يُقاسَ السُّكْنىٰ عليه.

قولُه: (قَالَ: وَهِيَ عَلَىٰ أَهْلِ الْخِطَّةِ دُونَ الْمُشْتَرِينَ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «وإنْ بَقِيَ واحدٌ منهم فكذلكَ»[2].

وقالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في كتابِ «التَّقريبِ»: «قالَ في «الأصلِ»: ولوْ وُجِدَ القتيلُ في القبيلةِ بالكوفةِ وفيها سُكَّانٌ وأهلُ الخِطَّةِ ومُشْتَرونَ؛ فالدِّيَةُ علىٰ أهلِ الخِطَّةِ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ رضي الله عنهما. وقالَ أبو يُوسُفَ رضي الله عنه: عليهم جميعًا. ورَوَىٰ بِشْرُ بنُ الوَليدِ عنْ أبي يُوسُفَ مثلَ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه». إلىٰ هنا لفظُ «التَّقريبِ».

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٩٢].

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الْكُلُّ مُشْتَرِكُونَ لِأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِتَرْكِ الْحِفْظِ

وقالَ [٨/٢٢٩ظ/م] **شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِيجَابيُّ في «شرحِ الكافي»**: «وقالَ ابنُ أبي لَيْلَىٰ: الدِّيَةُ علىٰ السُّكَّانِ [٣/٤٧٦و] والمُشْتَرِينَ وأهلِ الخِطَّةِ سواءٌ، وهوَ قولُ أبي يُوسُفَ الآخِرُ.

لهما: أنَّ [أهلَ][1] المحلَّةِ يَلْزَمُهم الدِّيَةُ لأجْلِ النُّصْرةِ، ونُصْرةُ أهلِ الخِطَّةِ غيرُ نُصْرةِ المُشْتَرِينَ، فإذا بَقِيَ منهم مَنْ يَدْخُلُ في العَقلِ؛ لَمْ يُضَمَّ إليهم نوعٌ آخرُ، كما لَا يُضَمُّ أهلُ الدِّيوانِ إلىٰ القبيلةِ، وعاقِلةُ الأُمِّ إلىٰ عاقِلةِ الأبِ، ولَا يَلْزَمُ إذا قلَّ عددُ القبيلةِ أنَّه يُضَمُّ إليها أقربُ القبائلِ؛ لأنَّ ذلكَ مِنْ جنسٍ واحدٍ، ألَا تَرَىٰ أنَّ جَمِيعَهم بنو أَعمامٍ، ولأنَّ أهلَ الخِطَّةِ أَخَصُّ بالنُّصرةِ مِنَ المُشْتَرِينَ، وما كانَ أخصَّ فهوَ أَوْلَىٰ».

والحاصلُ: أنَّ وجودَ القتيلِ في المحلَّةِ يُوجبُ الدِّيَةَ علىٰ أهلِ المحلَّةِ بعدَ القَسَامةِ علىٰ صالِحي أهلِ المحلَّةِ، وهذا حُكْمٌ منقولٌ مِنْ رسولِ اللهِ ﷺ [وأصحابِه][1]، وعليه إجماعُ الأمَّةِ، فإنْ كانَ في المحلَّةِ أصحابُ الخِطَّةِ؛ فذلكَ عليهم، لأنَّ القتيلَ يُنْسَبُ إليهم لتقصيرِهم في الحِفظِ، والحفظُ والرَّأيُ والتَّدبيرُ إلىٰ أهلِ الخِطَّةِ، فعليهم مُؤْنتُه.

فإنْ باعَ أصحابُ الخِطَّةِ كلُّهم؛ انتقلَ الرَّأيُ والتَّدبيرُ والحفظُ إلىٰ المُشْترِينَ، فنَزَلُوا منزلتَهم، فإنْ بَقِيَ منْ أهلِ الخِطَّةِ واحدٌ؛ فذلكَ عليه خاصَّةً؛ لأنَّ الرَّأيَ والتَّدبيرَ والحِفظَ إليه في العاداتِ، ولأنَّه هوَ الأصلُ والمُشتري بمنزلةِ الخَلَفِ عنه، فلَا يُعْتَبَرُ الخَلَفُ ما دامَ شيءٌ مِنَ الأصلِ قائمًا.

ولأبي يُوسُفَ رحمه الله: أنَّهم تَساوَوْا في المِلْكِ والتَّصرُّفِ، فوَجَبَ أن يَتَساوَوْا

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».

مِمَّنْ لَهُ وِلَايَةُ الْحِفْظِ وَبِهَذَا الطَّرِيقِ يُجْعَلُ جَانِيًا مُقَصِّرًا، وَالْوَلَايَةُ بِاعْتِبَارِ الْمِلْكِ وَقَدِ اسْتَوَوْا فِيهِ. [٢٧٦/ط]

وَلَهُمَا: أَنَّ صَاحِبَ الْخِطَّةِ هُوَ الْمُخْتَصُّ بِنُصْرَةِ الْبُقْعَةِ، هُوَ الْمُتَعَارَفُ، وَلِأَنَّهُ أَصِيلٌ وَالْمُشْتَرِي دَخِيلٌ وَوِلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَى الْأَصِيلِ، ....

غاية البيان

في العَقلِ، وهذا ليسَ بصحيحٍ؛ لأنَّ المِلْكَ موجودٌ للمرأةِ والصَّبِيِّ والمَجنونِ، والتَّصرُّفُ موجودٌ في المُكاتَبِ، فلَا يُحْمَلُ عليهم، فدلَّ على أنَّ المُعْتَبَرَ النُّصْرةُ دونَ ما ذكَرَه. كذا ذكرَ في «التَّقريبِ».

والخِطَّةُ: المكانُ المُخْتَطُّ لبناءِ دارٍ وغيرِ ذلكَ مِنَ العماراتِ، والمرادُ مِنْ أهلِ الخِطَّةِ: أصحابُ الأملاكِ القديمةِ الَّذينَ كانُوا تمَلَّكُوها حينَ فَتَحَ الإمامُ البَلدةَ، وقَسَمَها بينَ الغانِمينَ بِخَطٍّ خَطَّهُ؛ لتَمْييزِ أنْصِبائِهم.

وفي بعضِ النُّسَخِ: «وهوَ على أهْلِ الخِطَّةِ» بتأويلِ المذكورِ، أوْ وجوبِ القَسامةِ والدِّيَةِ، أي: القَسامةُ واجبةٌ عليهم والدِّيَةُ على عَواقِلِهم.

قولُه: (وَالْوَلَايَةُ)، أي: ولايةُ الحِفظِ.

قولُه: (وَقَدِ اسْتَوَوْا فِيهِ)، أي: اسْتَوَى أهْلُ الخِطَّةِ والمُشْترونَ في المِلْكِ؛ لأنَّهم مالِكونَ جميعًا، ولهذا إذا تَحَوَّلَ المِلْكُ مِنْ أهلِ الخِطَّةِ جميعًا، ولم يَبْقَ واحدٌ منهم مالكًا؛ كانَ القَسامةُ على المُشْترينَ.

قولُه: (وَلَهُمَا: أَنَّ صَاحِبَ الْخِطَّةِ هُوَ الْمُخْتَصُّ بِنُصْرَةِ الْبُقْعَةِ، هُوَ الْمُتَعَارَفُ) [٢٣٠/٨و/م]، يَعْني: أنَّ وجوبَ القَسامةِ والدِّيَةِ باعتبارِ أنَّهم نُسِبوا إلى التَّقصيرِ بتَرْكِ النُّصرةِ، وتَرْكُ النُّصرةِ إنَّما يَكُونُ مِمَّنْ إليه الصِّيانةُ، والصِّيانةُ في المحلَّةِ إلى أصحابِ الخِطَّةِ، وفي الدَّارِ إلى المُلَّاكِ؛ لأنَّ أهلَ الخِطَّةِ همُ الرُّؤساءُ، والأصولُ عادةً في صيانةِ المحلَّةِ دونَ الدَّخيلِ، فكانَ إلزامُ مُوجِبِ التَّقصيرِ عليهم أَوْلَى.

وَلِأَنَّهُ أَصِيلٌ وَالْمُشْتَرِي دَخِيلٌ وَوِلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَى الْأَصِيلِ، وَقِيلَ: **أَبُو حَنِيفَةَ** ﷺ **بَنَى ذَلِكَ عَلَى مَا شَاهَدَ بِالْكُوفَةِ**.

قَالَ: وَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَكَذَلِكَ يعني من أهل الخطّة **لِمَا بَيَّنَّا**.

وَإِنْ لَمْ يَبْقَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِأَنْ بَاعُوا كُلُّهُمْ فَهُوَ عَلَى الْمُشْتَرِينَ؛ لِأَنَّ الْوَلَايَةَ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ أَوْ خَلَصَتْ لَهُمْ ....

غاية البيان

قولُه: (**وَقِيلَ: أَبُو حَنِيفَةَ** ﷺ **بَنَى ذَلِكَ عَلَى مَا شَاهَدَ بِالْكُوفَةِ**)، أي: شاهَدَ مِنْ عادةِ أهلِ الكوفةِ في زمانِه [٣/٤٧٦ظ]، وهوَ أنَّ أصحابَ الخِطَّةِ في كلِّ محلَّةٍ كانوا هُمُ الَّذينَ يَقُومُونَ بِتدبيرِ المحلَّةِ، وأبو يُوسُفَ ﷺ بنَى على عادَةِ زمانِه: أنَّ التَّدبيرَ إلى الأشرافِ مِنْ أهلِ الخِطَّةِ كانوا أوَّلًا. كذا في «**التُّحفةِ**»[1].

قولُه: (**قَالَ: وَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَكَذَلِكَ**)، **يَعْنِي**: قالَ القُدُورِيُّ إنْ بَقِيَ واحدٌ مِنْ أهلِ الخِطَّةِ؛ فكذلكَ الحُكْمُ يَجِبُ القَسامةُ عليه، والدِّيةُ على عاقِلتِه.

قوله: (**لِمَا بَيَّنَّا**)، إشارةٌ إلى قولِه: (**وَلَهُمَا: أَنَّ صَاحِبَ الْخِطَّةِ هُوَ الْمُخْتَصُّ بِنُصْرَةِ الْبُقْعَةِ**)، وإلى قولِه: (**وَلِأَنَّهُ أَصِيلٌ، وَالْمُشْتَرِي دَخِيلٌ**).

قولُه: (**لِأَنَّ الْوَلَايَةَ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ**)، أي: إلى المُشْترينَ، وهذا على مذهبِ أبي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ ﷺ؛ لأنَّ المُشْترينَ لَمْ يَكُنْ لهم ولايةٌ مع وجودِ واحدٍ مِنْ أهلِ الخِطَّةِ عندَهما، فإذا لَمْ يَبْقَ واحدٌ منهم، بأنْ باعَ كلُّهم؛ انتقَلَتِ الولايةُ إلى المُشْترينَ.

قولُه: (**أَوْ خَلَصَتْ لَهُمْ**)، وهذا على مذهبِ أبي يُوسُفَ ﷺ؛ لأنَّ الولايةَ كانَتْ لأهلِ الخِطَّةِ والمُشْترينَ جميعًا عندَه، فإذا لَمْ يَبْقَ مِنْ أهلِ الخِطَّةِ أحدٌ؛ خلَصَتِ الولايةُ للمُشْترينَ.

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/١٣٣].

لِزَوَالِ مَنْ يَتَقَدَّمُهُمْ أَوْ يُزَاحِمُهُمْ.

وَإِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي دَارٍ؛ فَالْقَسَامَةُ عَلَىٰ رَبِّ الدَّارِ وَعَلَىٰ قَوْمِهِ، وَيَدْخُلُ الْعَاقِلَةُ فِي الْقَسَامَةِ إِنْ كَانُوا حُضُورًا، وَإِنْ كَانُوا غُيَّبًا: فَالْقَسَامَةُ عَلَىٰ رَبِّ الدَّارِ يُكَرَّرُ عَلَيْهِ الْأَيْمَانُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمهما الله.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا قَسَامَةَ عَلَىٰ الْعَاقِلَةِ؛ ....

غاية البيان

قولُه: (لِزَوَالِ مَنْ يَتَقَدَّمُهُمْ)، [يَتَعَلَّقُ][1] بقولِه: (انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ)، وقولُه: (أَوْ يُزَاحِمُهُمْ)، يَتَعَلَّقُ بقولِه: (خَلَصَتْ لَهُمْ)، لفًّا ونَشْرًا.

قالَ شيخُ الإسلام علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِيجَابيُّ رحمه الله: «وإذا باعَ أهلُ الخِطَّةِ جميعًا حتَّىٰ لَا يَبْقَىٰ منهم أحدٌ، ثُمَّ وُجِدَ قتيلٌ في سكَّةٍ من سِكَكِهم، أوْ في مسجدٍ مِنْ مساجدِهم؛ فالقَسامةُ والدِّيَةُ على المُشْترينَ؛ لأنَّهم نَزَلُوا منزلةَ أصحابِ الخِطَّةِ عندَ عدمِهم، وإنْ وُجِدَ في دارٍ واحدٍ مِنَ المُشْترينَ؛ فهوَ عليه وعلىٰ عاقِلتِه؛ لِمَا ذَكَرْنا أنَّ ربَّ الدَّارِ نُسِبَ إلىٰ التَّقصيرِ بتَرْكِ النُّصْرةِ».

قولُه: (وَإِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي دَارٍ؛ فَالْقَسَامَةُ عَلَىٰ رَبِّ الدَّارِ [وَعَلَىٰ قَوْمِهِ، وَيَدْخُلُ الْعَاقِلَةُ فِي الْقَسَامَةِ إِنْ كَانُوا حُضُورًا، وَإِنْ كَانُوا غُيَّبًا: فَالْقَسَامَةُ عَلَىٰ رَبِّ الدَّارِ][2] يُكَرَّرُ عَلَيْهِ الْأَيْمَانُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رضي الله عنهما).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رضي الله عنه: لَا قَسَامَةَ عَلَىٰ الْعَاقِلَةِ)، وقدْ مرَّ قبلَ هذا بيانُ أنَّ القَسَامةَ علىٰ ربِّ الدَّارِ، والدِّيةُ علىٰ قومِه إذا وُجِدَ القتيلُ في دارِ إنسانٍ.

وإنَّما كرَّرَ المسألةَ هنا؛ لأنَّ كلامَه وقعَ فيما إذا وُجِدَ القتيلُ في المحلَّةِ، وفيها أهلُ الخِطَّةِ ومُشْترونَ [٨/٢٣٠ظ/م]، فأوجَبَ القَسامةَ والدِّيَةَ علىٰ أهلِ الخِطَّةِ لَا

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«م»، و«ن»، و«غ».

لِأَنَّ رَبَّ الدَّارِ أَخَصُّ بِهِ مَنْ غَيْرِهِ فَلَا يُشَارِكُهُ غَيْرُهُ فِيهَا كَأَهْلِ الْمَحَلَّةِ لَا يُشَارِكُهُمْ فِيهَا عَوَاقِلُهُمْ.

ولهما: أن الْحُضُورَ لَزِمَتْهُمْ نُصْرَةُ الْبُقْعَةِ كَمَا تَلْزَمُ صَاحِبَ الدَّارِ فَيُشَارِكُونَهُ فِي الْقَسَامَةِ.

قَالَ: وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ نِصْفُهَا لِرَجُلٍ، وَعُشْرُهَا لِرَجُلٍ، وَلِآخَرَ مَا بَقِيَ؛ فَهُوَ عَلَىٰ رُءُوسِ الرِّجَالِ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الْقَلِيلِ يُزَاحِمُ صَاحِبَ الْكَثِيرِ فِي التَّدْبِيرِ فَكَانُوا سَوَاءً فِي الْحِفْظِ وَالتَّقْصِيرِ فَيَكُونُ عَلَىٰ عَدَدِ الرُّءُوسِ بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ.

علىٰ المُشْتَرِينَ عندَ أبي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ ﷺ، خلافًا لأبي يُوسُفَ ﷺ، فإذا لم يَبْقَ واحدٌ منهم، فحينئذٍ أوْجَبَ ذلكَ علىٰ المُشْتَرِينَ إذا وُجِدَ في المحلَّةِ، ثم جَرَّ كلامَه إلىٰ بيانِ أنَّ القتيلَ إذا وُجِدَ في دارٍ واحدٍ، ولم يَبْقَ أحدٌ منْ أهلِ الخِطَّةِ فما حُكْمُه؟ فبيَّنَ ذلكَ بما ذكَرَه.

وتمامُ البيانِ والتَّفصيلِ في المسألةِ: ما روَيْناه عنِ «التَّقريبِ» قبْلَ هذا، عندَ قولِه: «وإنْ وُجِدَ القتيلُ في دارِ إنسانٍ؛ فالقَسامةُ عليه».

قولُه: (لِأَنَّ رَبَّ الدَّارِ أَخَصُّ بِهِ مَنْ غَيْرِهِ)، وتَذْكيرُ الضَّميرِ في (بِهِ). علىٰ تأويلِ الموضعِ.

قولُه: (الْحُضُورَ)، أي: القومَ الحُضورَ، وهيَ جَمْعُ حاضرٍ؛ لأنَّ فاعلًا إذا كانَ صفةً يَجُوزُ جَمْعُه علىٰ: فُعولٍ، كقُعودٍ في جَمْعِ: قاعدٍ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ نِصْفُهَا لِرَجُلٍ، وَعُشْرُهَا لِرَجُلٍ، وَلِآخَرَ مَا بَقِيَ؛ فَهُوَ عَلَىٰ رُءُوسِ الرِّجَالِ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ، عنْ يَعْقُوبَ، عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الدَّارِ تَكُونُ

قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَىٰ دَارًا، فَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّىٰ وُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ؛ فَهُوَ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الْبَائِعِ، وَإِنْ كَانَ فِي الْبَيْعِ خِيَارٌ لِأَحَدِهِمَا؛ فَهُوَ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الَّذِي فِي يَدِهِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ وَقَالَا: إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ خِيَارٌ فَهُوَ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الْمُشْتَرِي وَإِنْ كَانَ فِيهِ خِيَارٌ فَهُوَ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الَّذِي تَصِيرُ لَهُ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَنْزَلَ قَاتِلًا بِاعْتِبَارِ

غاية البيان

[٣/٤٧٧و] [لثلاثةِ][1] نَفَرٍ: لواحدٍ نصْفُها، ولواحدٍ عُشْرها، وللآخرِ ما بَقِيَ منها، فوُجِدَ فيها قتيلٌ، قالَ: العقلُ على رُءوسِ الرِّجالِ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ مُحَمَّدٍ ﵀ في أصلِ «**الجامعِ الصَّغيرش**»، وهيَ مِنَ الخواصِّ.

وذلكَ لأنَّ هذا الحُكْمَ مُضافٌ إلىٰ ولايَةِ الحِفظِ والتَّدبيرِ، وصاحبُ القليلِ وصاحبُ الكثيرِ سواءٌ في هذا المعنىٰ، فكانوا سواءً في النِّسبةِ إلىٰ التَّقصيرِ، فيَكُونُ الغُرْمُ ـ وهوَ العقلُ ـ علىٰ عددِ الرءوسِ، لَا عددِ الأنْصِباءِ، كما يَكُونُ الغُنْمُ ـ وهوَ وجوبُ الشُّفعةِ ـ علىٰ عددِ الرُّءوسِ، ولأنَّ القتيلَ إذا وُجِدَ في الدَّارِ؛ جُعِلَ أصحابُ الدَّارِ كأنَّهم جَنَوْا عليه، والنَّفسُ تُقْسَمُ علىٰ عددِ الجُناةِ، ولَا يُعْتَبَرُ مقدارُ الجناياتِ، فيَكُونُ المُعْتَبَرُ عددَ الرءوسِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَىٰ دَارًا، فَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّىٰ وُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ؛ فَهُوَ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الْبَائِعِ، وَإِنْ كَانَ فِي الْبَيْعِ خِيَارٌ لِأَحَدِهِمَا؛ فَهُوَ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الَّذِي فِي يَدِهِ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ عنْ يَعْقُوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﵃: في الرَّجل يَشْتَرِي الدَّارَ، فلَا يَقْبِضُهَا حتَّىٰ يُوجَدَ[3] فيها قتيلٌ، وليسَ في الشِّراءِ خيارٌ؛ فالدِّيَةُ علىٰ عاقلةِ البائعِ، وكذلكَ إنْ كانَ في البيعِ خيارٌ لأحدِهما؛ فالدِّيَةُ علىٰ عاقِلَةِ الَّذي

(١) وقع في «الأصل»: «بين ثلاثة». والمثبت من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٣].
(٣) في «الأصل»: «وجد». والمثبت من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».

التَّقْصِيرِ فِي الْحِفْظِ وَلَا يَجِبُ إِلَّا عَلَىٰ مَنْ لَهُ وِلَايَةُ الْحِفْظِ، وَالْوِلَايَةُ تُسْتَفَادُ بِالْمِلْكِ وَلِهَذَا كَانَتْ الدِّيَةُ عَلَىٰ عَاقِلَةِ صَاحِبِ الدَّارِ دُونَ الْمُودِعِ، وَالْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الْبَيْعِ الْبَاتِّ، وَفِي الْمَشْرُوطِ فِيهِ الْخِيَارُ يُعْتَبَرُ قَرَارُ الْمِلْكِ كَمَا فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ.

غاية البيان

الدَّارُ في يديه. وقالَ أبو يُوسُفَ ومُحَمَّدٌ ﷺ: إنْ لَمْ يَكُنْ في الشِّراءِ خيارٌ فالدِّيَةُ على عاقِلَةِ المُشتري، وإنْ كانَ فيه خيارٌ فإنَّ الدِّيَةَ على عاقِلَةِ الَّتي تَصِيرُ الدَّارُ إليه»[1]. إلى هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

والحاصلُ: أنَّ المُعتبَرَ لوجوبِ الدِّيَةِ هوَ اليدُ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وعندَهما: المعتبَرُ هوَ المِلْكُ، فقالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: الدِّيةُ على عاقِلَةِ الَّذي في يديْهِ الدَّارُ، سواءٌ كانَ في البيعِ خيارٌ، أوْ لَمْ يَكُنْ، وفي قولِ صاحبَيْه ﷺ: إنْ كانَ الشِّراءُ باتًّا؛ فالدِّيةُ على عاقِلةِ المشتري [٨/٢٣١و/م]، سواءٌ كانَتِ الدَّارُ في يدِه، أوْ في يدِ البائعِ، وإنْ كانَ في الشِّراءِ خيارٌ: فالدِّيةُ على الَّذي يَكُونُ الدَّارُ له.

وجْهُ قولِهما: أنَّ هذا حقٌّ يَجِبُ لأجلِ الدَّارِ، فوَجَبَ أن يُعْتَبَرَ فيه مالكُ الدَّارِ، [فيَكُونُ على مالكِ الدَّارِ][2]، وعلى مَنْ يتقرَّرُ المِلْكُ له، ولأنَّ التَّعاهُدَ يَجِبُ على المُشتري؛ لأنَّ الغُنْمَ للمشتري، وهوَ وجوبُ الشُّفعةِ، فوَجَبَ أنْ يَكُونَ الغُرْم عليه، وهوَ العقلُ؛ لأنَّ الخراجَ بالضَّمانِ.

وأمَّا إذا كانَ في البيعِ خيارٌ: فوجوبُ الجنايةِ موقوفةٌ؛ لأنَّ حصولَ المِلْكِ موقوفٌ، فوَجَبَ أن يَتَوَقَّفَ وجوبُ الجنايةِ كما توقَّفَ المِلْكُ، كما في صدقةِ الفِطرِ أنَّها في العبدِ على مَن يَحْصُلُ له المِلْكُ فيه.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٢].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».

وَلَهُ أَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى الْحِفْظِ بِالْيَدِ لَا بِالْمِلْكِ ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ يَقْتَدِرُ عَلَى الْحِفْظِ بِالْيَدِ دُونَ الْمِلْكِ وَلَا [٢٧٧/و] يَقْتَدِرُ بِالْمِلْكِ دُونَ الْيَدِ ، وَفِي الْبَاتِّ الْيَدُ لِلْبَائِعِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَكَذَا فِيمَا فِيهِ الْخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ دُونَ الْبَاتِّ .

غاية البيان

ووجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّ القُدرةَ على الحِفظِ تَحْصُلُ باليدِ ، لَا بالمِلْكِ ، إلَّا أنَّ المِلْكَ سببُ اليدِ ، فإذا وُجِدَ المِلْكُ لأحدِهما ، واليدُ للآخرِ ؛ كانَ اعتبارُ اليدِ أَوْلَىٰ ، ولأنَّ وجودَ القتيلِ يُوجِبُ الضَّمانَ ، فوَجَبَ أنْ يَجِبَ علىٰ مَنْ كانَتِ الدَّارُ في ضمانِه ؛ لأنَّ الَّذي في ضمانِه في حُكْمِ الجنايةِ كالمالكِ .

ألَا تَرَىٰ أنَّ عبدًا لوْ كانَ في ضمانِ رَجُلٍ وجَنىٰ [٤٧٧/٣ظ] جنايةً ؛ يَكُونُ حاصلُ الضَّمانِ على الَّذي العبدُ في ضمانِه ، فكذلكَ هذا ، وهذا علىٰ أصْلِه مستقيمٌ ؛ لأنَّ مِنْ أصْلِه أنَّه يَجْعَلُ الَّذي في ضمانِه في حُكْمِ الجنايةِ كالمالكِ مِنْ جميعِ الوجوهِ ، ألَا تَرَىٰ أنَّه قالَ في رَجُلٍ غصَبَ عبدًا: يَكُونُ الغاصِبُ في جنايتِه كالمالكِ ، حتَّىٰ إنَّ العبدَ لوْ جنَىٰ في مالِ الغاصبِ ؛ يَكُونُ هَدَرًا ، ولوْ جَنَىٰ علىٰ مولاه يَكُونُ مُعتبرًا ، فكذا هذا . كذا قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ رحمه الله .

وقالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في هذه المسألةِ في كتابِ «التَّقريبِ»: «وقال زُفَرُ رحمه الله: الدِّيةُ على المُشتري ، قبَضَ الدَّارَ ، أو اختارَ الفَسخَ ، وإنْ كانَ الخيارُ للبائعِ فالدِّيةُ عليه ، اختارَ أوْ فسَخَ ؛ لأنَّه اعتبَرَ مَنْ يَمْلِكُ الدَّارَ عندَ ظُهورِ القتيلِ ، فإنْ كانَ الخيارُ للبائعِ فالمِلْكُ له ، وإن كانَ للمشتري فالمِلْكُ له ، والفسخُ بعدَ ذلكَ أو الإجارةُ يَتَعَلَّقُ به المِلْكُ ، فيَصِيرُ كالبيعِ المُستأنَفِ .

والجوابُ عنْ قياسِهما: حيثُ لَا عَقْلَ عليه لعدمِ المِلْكِ ، فكذا البائعُ لَمْ يَبْقَ له مِلْكٌ بعدَ البيعِ ، فنَقُولُ: هذا الضَّمانُ ضمانُ تَرْكِ الحِفظِ ، والقدرةُ على الحِفْظِ باليدِ ، فيَكُونُ القادرُ على الحِفظِ مَنْ له يدُ أصالةٍ ، ويدُ المُودَعِ يدُ نِيَابةٍ ، فصارَ كيدِ

وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لَهُ فَهُوَ أَخَصُّ النَّاسِ بِهِ تَصَرُّفًا، وَلَوْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَهُوَ فِي يَدِهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِالْقِيمَةِ كَالْمَغْصُوبِ فَتُعْتَبَرُ يَدُهُ إِذْ بِهِ[1] يَقْدِرُ عَلَى الْحِفْظِ.

قَالَ: وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ دَارٌ، فَوُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ؛ لَمْ تَعْقِلْهُ الْعَاقِلَةُ حَتَّى

غاية البيان

الغاصبِ، والمُسْتعيرِ، والمستأجرِ.

ولا يُقَالُ: أيُّ نيابةٍ في الغاصبِ؟

قلْنا: كلامُنا في الدَّارِ، والغَصبُ في العَقارِ لَا يتَحقَّقُ على مذهبِ أبي حَنيفَةَ وأبي يُوسُفَ، فصارَ يدُه كَيَدِ أمانةٍ.

ولا يُقالُ: يَرِدُ عليكم المُرتهنُ، حيثُ لَا يَجِبُ عليه العقلُ، وإنْ كانَ له يدٌ إذا وُجِدَ القتيلُ في الدَّارِ [٨/٢٣١ظ/م] المرهونةِ، بلْ يَجِبُ على المالكِ.

لأنَّا نَقُولُ: عينُ الرَّهنِ أمانةٌ إنْ كانَتْ ماليَّتُه مضمونةً، فصارَ يدُه في الدَّارِ كَيَدِ المودَعِ يَد نِيابةٍ، على أنَّا نَقُولُ: قالوا: لَا روايةَ فيه».

قولُه: (فَهُوَ فِي يَدِهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ)، أي: المَبِيعُ، وهوَ الدَّارُ في يَدِ المشتري مضمونٌ على المشتري بالقيمةِ، كما في المغصوبِ، فإنَّه مضمونٌ بالقيمةِ، فيُعْتَبَرُ يدُ المشتري، فيَكُونُ الدِّيَةُ على عاقِلةِ المشتري الَّذي في يدِه الدَّارُ؛ لأنَّ القُدرةَ على الحِفظِ باليدِ.

قولُه: (إِذْ بِهِ)، وفي بعضِ النُّسَخِ: «بِهَا»، أي: باليدِ، وتَذْكيرُ الضَّميرِ على تأويلِ العُضوِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ دَارٌ، فَوُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ؛ لَمْ تَعْقِلْهُ الْعَاقِلَةُ حَتَّى

---

(١) في حاشية الأصل: «خ: بها».

يَشْهَدَ الشُّهُودُ أَنَّهَا لِلَّذِي فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْمِلْكِ لِصَاحِبِ الْيَدِ حَتَّىٰ تَعْقِلَ الْعَوَاقِلُ عَنْهُ، وَالْيَدُ وَإِنْ كَانَتْ دَلِيلًا عَلَى الْمِلْكِ لَكِنَّهَا مُحْتَمِلَةٌ فَلَا تَكْفِي لِإِيجَابِ الدِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَمَا لَا تَكْفِي لِاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ بِهِ فِي الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ.

قَالَ: وَإِنْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي سَفِينَةٍ؛ فَالْقَسَامَةُ عَلَىٰ مَنْ فِيهَا مِنَ الرُّكَّابِ

غاية البيان

يَشْهَدَ الشُّهُودُ أَنَّهَا لِلَّذِي فِي يَدِهِ).

وصورتُها في أصلِ «الجامعِ الصَّغيرِ»: «مُحَمَّدٌ عنْ يَعْقُوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الدَّارِ في يَدِ الرَّجلِ، فَوُجِدَ فيها قتيلٌ، قالَ: لَا تعْقلُه العاقِلَةُ حتَّىٰ يشْهدَ الشُّهودُ أنَّها له»[1].

قالَ فَخْرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ ﷺ في «شرحِه»: «يُرِيدُ به إذا أنكرَتِ العاقِلَةُ أنْ تَكُونَ الدَّارُ له وقالوا: هيَ وديعةٌ في يَدِك؛ فالقولُ قولُهم إلَّا أن يُقِيمَ بيِّنةً على المِلْكِ، لِمَا عُرِفَ أنَّ الظَّاهرَ حُجَّةٌ للدَّفعِ، لَا للاستحقاقِ، وقدِ احتَجْنا إلىٰ الاستحقاقِ هاهنا، فوَجَبَ إثباتُه بالبيِّنةِ، كَمَنْ طلبَ شُفعةً بالجِوارِ في دارٍ بِيعَتْ، فأنكرَ المشتري الدَّارَ الَّتي في يَدِ المدَّعِي مِلْكًا له؛ فإنَّه لَا يسْتَحقُّ الشُّفعةَ بيدِه عليها حتَّىٰ يُقِيمَ البيِّنةَ علىٰ المِلْكِ، فكذلكَ [٣/٤٧٨و] هاهنا.

ولا يَلْزَمُ أبا حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّه يُعْتَبَرُ اليدُ في استحقاقِ الدِّيَةِ حتَّىٰ قالَ في الدَّارِ المَبِيعةِ في يدِ البائعِ يُوجَدُ فيها قتيلٌ: إنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ علىٰ عاقِلةِ البائعِ؛ لأنَّه يُعْتَبَرُ به يَدُالمِلْكِ، لَا مجرَّدَ اليَدِ، فلَمْ يَثْبُتْ هاهنا يدُ المِلْكِ إلَّا بالبَيِّنةِ، وهذه المسألةُ مِنْ خواصِّ «الجامعِ الصَّغيرِ»..».

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي سَفِينَةٍ؛ فَالْقَسَامَةُ عَلَىٰ مَنْ فِيهَا مِنَ الرُّكَّابِ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٣].

وَالْمَلَّاحِينَ؛ لِأَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمْ ....

وَالْمَلَّاحِينَ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[1].

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِيجَابيُّ رحمه الله **في «شرحِ الكافي»**: «ولوْ وُجِدَ القتيلُ في سفينةٍ؛ فالقَسَامةُ على الَّذين في السَّفينةِ مِنَ الرُّكَّاب وغيرِهم مِنَ الَّذين هُمْ فيها، والدِّيةُ عليهم، ولَا تَجِبُ علىٰ صاحبِ السَّفينةِ، بِخلافِ ما إذا وُجِدَ القتيلُ في دارٍ وفيها سُكَّانٌ؛ فإنَّه يَجِبُ القَسَامةُ علىٰ صاحبِ الدَّارِ، والدِّيةُ علىٰ عاقِلَتِه؛ لأنَّه ثَمَّةَ صاحبُ الدَّارِ قادرٌ علىٰ صيانتِه لقُرْبِه منها إذا كانَ في ذلكَ المِصرِ.

وأصحابُ السَّفينة لَا يَقْدرون علىٰ صِيانتِه لبُعْدِهم مِنَ السَّفينةِ، أَلَا تَرَىٰ أنَّه لَا يَدْرِي أينَ هيَ، فكيفَ يَقْدِرُ علىٰ صيانةِ ما لَا يَقِفُ عليه، بِخلافِ الدَّارِ، حتَّىٰ لوْ كانَ صاحبُ السَّفينةِ معهم [٨/٢٣٢و/م] يَنْبَغِي أنْ يَجِبَ عليه كما في الدَّارِ». كذا في «شرحِ الكافي».

وقالَ صاحبُ «الهدايةِ» رحمه الله: **(وَهَذَا عَلَىٰ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ** رحمه الله **ظَاهِرٌ)**، أي: وجوبُ القَسَامةِ علىٰ مَنْ في السَّفينةِ مِنَ الرُّكَّابِ والمَلَّاحِينِ، علىٰ ما رُوِيَ عنْ أبي يُوسفَ: أنَّه أوْجَبَ القَسَامَةَ علىٰ السُّكَّانِ والمُلَّاكِ في قتيلٍ وُجِدَ في الدَّارِ، وهما لَمْ يُوجِباها علىٰ السُّكَّانِ.

وفي مسألةِ السَّفينةِ: أوْجَباها علىٰ مَنْ فيها، سواءٌ كانَ مالكًا للسَّفينةِ، أوْ راكبًا فيها، وذلكَ لأنَّ السَّفينةَ في أيديهم، فكانَ مَنْ فيها أخصَّ بها مِنْ غيرِها، فكانَ ظاهرًا علىٰ روايةِ أبي يُوسُفَ رحمه الله، وهُما فرَّقا بينَ مسألةِ الدَّارِ، ومسألةِ السَّفينةِ.

والفرقُ: أنَّ السَّفينةَ ممَّا تُنْقَلُ وتُحَوَّلُ، فاعتُبِرَ فيها اليدُ دونَ المِلْكِ، فكانَ ضمانُ الدِّيَةِ فيها بثُبوتِ اليدِ لَا بالنُّصرةِ، كالدَّابَّةِ إذا وُجِدَ عليها قتيلٌ؛ يَلْزَمُ العقلُ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٩٢].

والَّلَفْظُ يَشْمَلُ أَرْبَابَهَا حَتَّىٰ تَجِبُ عَلَىٰ الْأَرْبَابِ الَّذِينَ فِيهَا وَعَلَىٰ السُّكَّانِ، وَكَذَا عَلَىٰ مَنْ يُمِدُّهَا الْمَالِكُ فِي ذَلِكَ وَغَيْرُ الْمَالِكِ سَوَاءٌ، وكذلك الْعَجَلَةُ، وَهَذَا عَلَىٰ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ ظَاهِرٌ.

وَالْفَرْقُ لَهُمَا أَنَّ السَّفِينَةَ تُنْقَلُ وَتُحَوَّلُ فَيُعْتَبَرُ فِيهَا الْيَدُ دُونَ الْمِلْكِ كَمَا فِي الدَّابَّةِ، بِخِلَافِ الْمَحَلَّةِ وَالدَّارِ لِأَنَّهَا لَا تُنْقَلُ.

غاية البيان

سائقَها وقائدَها، ألَا تَرَىٰ أنَّه يَلْزَمُ المَدَّادَ وإنْ لَمْ يَكُنْ في السَّفينةِ، بِخلافِ الدَّارِ والمحلَّةِ؛ لأنَّها لَا تُنْقَلُ، ولَا تُحَوَّلُ، فاعتُبِرَ فيها المِلْكُ؛ لأنَّ مالكَ الدَّارِ أخصُّ بالنُّصرةِ مِنَ السَّاكنِ، وقدْ مرَّ الفرقُ مرَّة عندَ قولِه: (وَلَا يَدْخُلُ السُّكَّانُ مَعَ الْمُلَّاكِ).

قولُه: (واللَّفْظُ يَشْمَلُ أَرْبَابَهَا)، أي: لفظُ الْقُدُورِيِّ ﷺ وهوَ قولُه: «علىٰ مَنْ فيها»[1]. يَشْمَلُ بِعُمومِه أربابَ السَّفينةِ إذا كانُوا فيها.

وقالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَهْ ﷺ: «قالَ بعضُ المشايخِ: إنَّما يَجِبُ علىٰ الرُّكَّابِ إذا لَمْ يَكُنْ للسَّفينةِ مالكٌ معروفٌ، فإذا كانَ لها مالكٌ معروفٌ؛ فإنَّ القَسامةَ تَجِبُ علىٰ مالكِ السَّفينةِ، ومنهم مَنْ يَقُولُ: تَجِبُ في الحالَيْنِ علىٰ الَّذينَ كانَتِ السَّفينةُ في أيديهم، ومثلُ هذا التَّفصيلِ مرَّ في الدَّابَّةِ».

قولُه: (الْمَالِكُ فِي ذَلِكَ وَغَيْرُ الْمَالِكِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ)، أي: مالكُ السَّفينةِ في وُجوبِ القَسامَةِ علىٰ مَنْ فيها وغيرُ مالِكها سواءٌ، وكذلكَ [٤٧٨/٣ظ] الحُكْمُ في العَجَلَةِ[2] إذا وُجِدَ فيها قتيلٌ؛ يَجِبُ القَسامةُ، والدِّيةُ علىٰ مَنْ فيها مِنْ مالِكِ العَجَلَةِ وغيرِه.

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) مِن معاني العَجَلَةِ: الآلَة التي يَجُرّها الثّوْر، وهي الدولاب يُسْتَقىٰ عليه، وهي أيضًا: خُشُبٌ متصلة تُحْمَل عليها الأثقال. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [١٥/٤٦٨/ مادة: عجل].

قَالَ: وَإِنْ وُجِدَ فِي مَسْجِدِ مَحَلَّةٍ؛ فَالْقَسَامَةُ عَلَىٰ أَهْلِهَا؛ لأن التدبير فيه إليهم وَإِنْ وُجِدَ فِي الْمَسْجِدِ الْجَامِعِ أَوِ الشَّارِعِ الْأَعْظَمِ؛ فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ، وَالدِّيَةُ عَلَىٰ بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ لِلْعَامَّةِ لَا يَخْتَصُّ بِهِ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، ....

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ وُجِدَ فِي مَسْجِدِ مَحَلَّةٍ؛ فَالْقَسَامَةُ عَلَىٰ أَهْلِهَا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»[1]. وذلكَ لأنَّهم أخصُّ بالتَّصرُّفِ فيه، وبنُصْرتِه مِنْ غيرهم، فكانَ وجودُ القتيلِ فيهم كوجُودِه في محلَّتِهم.

قولُه: (وَإِنْ وُجِدَ فِي الْمَسْجِدِ الْجَامِعِ أَوِ الشَّارِعِ الْأَعْظَمِ؛ [فَلَا قَسَامَةَ][2] فِيهِ. وَالدِّيَةُ عَلَىٰ بَيْتِ الْمَالِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ أيضًا[3]، وذلكَ لأنَّ هذه المواضعَ لَا تختصُّ بها طائفةٌ منَ المسلمينَ، بَلْ يَتَعَلَّقُ بها حقُّ جماعتِهم، فما وَجَبَ لأجْلِها يَكُونُ في بيتِ المالِ، وكذلكَ الحُكْمُ في مسجدِ جماعةٍ؛ يَكُونُ لعامَّةِ المسلمينَ في السُّوقِ[4].

أَلَا تَرَىٰ [٨/٢٣٢ظ/م] إلىٰ ما قالَ في «شرحِ الكافي»: «ولوْ وُجِدَ في سُوقِ المسلمينَ، أوْ في مسجدِ جماعتِهم؛ فهوَ علىٰ بيتِ المالِ؛ لأنَّ هذا أمْرٌ يَقَعُ في اللَّيالي عادةً، ولَا يَكُونُ في السُّوقِ أحدٌ في اللَّيالي، ولَا في مسجدِ جماعتِهم حتَّىٰ يَكُونَ محفوظًا بحِفْظِهم، وهذا موضعٌ منَ المِصْرِ، والمِصرُ محفوظٌ بحِفظِ السُّلطانِ أو عامَّةِ النَّاسِ، فتكون الدِّيةُ في مالِهم، ومالُهم مالُ بيتِ المالِ، ولَا قَسَامةَ فيه؛ لأنَّ القَسَامةَ إنَّما تَجْرِي في موضعٍ يُعْرَفُ قاتلُه، أوْ يُتوهَّمُ وجودُ مَنْ يعْرفُ قاتلَه، وهذا لَا يُعْرَفُ في سُوقِ المسلمينَ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٩٢].

(٢) في الأصل: «فالقسامة». والمثبت من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٩٢].

(٤) ينظر: «الأصل» [٤/٤٣٢]، «المبسوط» [٢٦/١١٨]، «بدائع الصنائع» [٦/٣٥٩]، «تبيين الحقائق» [٦/١٧٤]، «الفتاوىٰ الهندية» [٦/٩٦].

وَكَذَلِكَ الْجُسُورُ الْعَامَّةُ وَمَالُ بَيْتِ الْمَالِ مَالُ عَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ.

وأرادَ به: سُوقًا نائيًا عنِ المحالِّ، أمَّا الأسواقُ الَّتي تَكُونُ في المحالِّ: فمحفوظةٌ بحِفْظِ أهلِ المحلَّةِ، فتَكُونُ القَسَامةُ والدِّيَةُ عليهم، وكذا إذا كانَ في السُّوقِ النائي عنِ المحالِّ مَنْ يَسْكنها في اللَّيالي، أوْ كانَ لأحدٍ فيها دارٌ مملوكةٌ؛ تَكُونُ القَسَامةُ والدِّيةُ عليه؛ لأنَّه يَلْزَمُه صيانةُ ذلكَ الموضعِ، وإنْ كانَ في دارِ رَجُلٍ خاصَّةً في السُّوقِ؛ فعلىٰ عاقلتِه الدِّيةُ والقَسَامةُ عليه؛ لأنَّه داخلٌ تحتَ صيانتِه، فيَكُونُ الموصوفُ بالتَّقصيرِ هوَ، فيَجِبُ مُوجَبُ التَّقصيرِ عليه». كذا في «**شرحِ الكافي**».

وقالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ» ﷺ: «ولوْ وُجِدَ الرَّجلُ قتيلًا في سُوقِ المسلمينَ، أو في مسجدِ الجامعِ؛ فالدِّيةُ علىٰ بيتِ المالِ، وليسَ فيه قَسَامةٌ. هكذا ذَكرَ مُحَمَّدٌ ﷺ في «**الأصلِ**»[1]، وهكذا ذكَر الطَّحَاوِيُّ أيضًا.

وفسَّرَه الْكَرْخِيُّ ﷺ **فقالَ**: إنَّما تَكُونُ الدِّيةُ علىٰ بيتِ المالِ إذا وُجِدَ في السُّوقِ الَّتي هيَ للإمامِ، أو لجماعةِ المسلمينَ.

فأمَّا إذا كانَ مِلْكًا خاصًّا: فيَجِبُ علىٰ أربابِها القَسَامةُ، وعلىٰ عاقِلَتِهم الدِّيَةُ، ولوْ وُجِدَ في دارِ الوقفِ، أو في الأرضِ الموقوفةِ، فإنْ كانَ لقومٍ معلومِينَ؛ فالقسامةُ والدِّيَةُ علىٰ الأربابِ، ولوْ كانَ الوقفُ علىٰ المسجدِ فهوَ كما لو وُجِدَ في المسجدِ، فيَجِبُ علىٰ أهلِ المحلَّةِ القَسَامةُ والدِّيَةُ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ «**شرحِ الطَّحَاوِيِّ**» ﷺ.

قولُه: (**وَكَذَلِكَ الْجُسُورُ الْعَامَّةُ**)، **يَعْنِي**: إذا وُجِدَ القتيلُ فيها تَكُونُ الدِّيةُ علىٰ بيتِ المالِ، ولَا قَسَامَةَ فيه، كما إذا وُجِدَ في الشَّارعِ الأعظمِ.

قولُه: (**كَالشَّوَارِعِ الْعَامَّةِ الَّتِي بُنِيَتْ فِيهَا**)، أي: بُنِيَتِ السُّوقُ في الشَّوارعِ العامَّةِ.

---

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٦/٥٧٠/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٣٧٧].

وَلَوْ وُجِدَ فِي السُّوقِ إنْ كَانَ مَمْلُوكًا فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَجِبُ عَلَى السُّكَّانِ وعندهما على المالك، وإن لم يكن مملوكا كَالشَّوَارِعِ الْعَامَّةِ الَّتِي بُنِيَتْ فِيهَا فعلى بيت المال؛ لأنه لجماعة المسلمين.

وَلَوْ وُجِدَ فِي السِّجْنِ؛ فَالدِّيَةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ: الدِّيَةُ وَالْقَسَامَةُ عَلَى أَهْلِ السِّجْنِ؛ لِأَنَّهُمْ سُكَّانٌ وَوِلَايَةُ التَّدْبِيرِ إلَيْهِمْ، وَالظَّاهِرُ

غاية البيان

ومعنى قولِه: (فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ﵀: يَجِبُ عَلَى السُّكَّانِ)، أي: تَجِبُ القَسَامةُ على مَنْ في السُّوقِ المملوكةِ، سواءٌ كانُوا مُلَّاكًا أوْ غَيْرَ مُلَّاكٍ على ما عُرِفَ [٤٧٩/٣و] مِن مَذْهبِه.

والشَّارعُ: هوَ الطَّريقُ الَّذي يشْرَعُ فيه النَّاسُ، [على الإسنادِ][١] المَجازِيِّ، أوْ هوَ مِنْ قولِهم: شرَعَ الطريقُ إذا تبَيَّنَ. كذا في «المغربِ»[٢].

قولُه: (وَلَوْ وُجِدَ فِي السِّجْنِ؛ فَالدِّيَةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ، وَعَلَى [٢٣٣/٨و/م] قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ: الدِّيَةُ[٣] وَالْقَسَامَةُ عَلَى أَهْلِ السِّجْنِ)، ذَكَرَه تفريعًا على مسألةِ «المختصرِ».

قالَ الْكَرْخِيُّ في «مختصرِه»: «قالَ أبو حَنِيفَةَ ﵁ في القتيلِ يُوجَدُ في السِّجنِ، لَا يُعْرَفُ مَنْ قتَلَه؛ الدِّيَةُ على بيتِ المالِ، وقالَ أبو يُوسُفَ ﵁: على أهلِ السِّجنِ القَسامةُ والدِّيةُ»[٤]. إلى هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ ﵀.

ثمَّ ذَكرَ الْكَرْخِيُّ ﵀ قولَ مُحَمَّدٍ مع أبي حَنِيفَةَ ﵁، [وكذا الْقُدُورِيُّ][٥]

(١) في «الأصل»: «كالإسناد». والمثبت من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقع في «المغرب في ترتيب المعرب».
(٢) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٤٣٩/١].
(٣) في «الأصل»: «فالدية». والمثبت من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».
(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٥/ داماد].
(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».

أَنَّ الْقَتْلَ حَصَلَ مِنْهُمْ، وَهُمَا يَقُولَانِ: إِنَّ أَهْلَ السِّجْنِ مَقْهُورُونَ فَلَا يَتَنَاصَرُونَ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِمْ مَا يَجِبُ [٢٧٧/ظ] لِأَجْلِ النُّصْرَةِ، وَلِأَنَّهُ بُنِيَ لِاسْتِيفَاءِ حُقُوقِ الْمُسْلِمِينَ، فَإِذَا كَانَ غُنْمُهُ يَعُودُ إِلَيْهِمْ؛ فَغُرْمُهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ.

قَالُوا: وَهَذِهِ فُرَيْعَةُ الْمَالِكِ وَالسَّاكِنِ وَهِيَ مُخْتَلَفٌ فِيهَا بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله.

غاية البيان

ذَكَرَ قولَه مع أبي حَنِيفَةَ في كتابِ «**التَّقريبِ**»، فقالَ: «قالَ أبو حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٌ رضي الله عنهما: إذا وُجِدَ القتيلُ في السِّجنِ؛ فالدِّيَةُ على بيتِ المالِ، وقالَ أبو يُوسُفَ رضي الله عنه: على أهلِ السِّجنِ[١].

لهما: أنَّ يدَ الإمامِ ثابتةٌ على السِّجنِ، فيَلْزَمُه نُصْرتُه، ومَنْ فيه لَا نُصْرةَ له، ولَا تصَرُّفَ، وإنَّما هوَ مقْهورٌ، فلَا يَتَعَلَّقُ به حُكْمٌ، وما يَلْزَمُ الإمامَ يَكُونُ في بيتِ المالِ، ولأنَّ السِّجنَ لمَصالِحِ المسلمينَ كالجَوامِعِ، فغُنْمُه لهم، فكذا غُرْمُه عليهم.

ولأبي يُوسُفَ رحمه الله: أنَّ الظَّاهرَ أنَّ القَتلَ حَصَلَ مِنْ أهلِ السِّجنِ[٢]، فوَجَبَ أنْ يختصَّ الضَّمانُ بهم».

قالَ القُدُوريُّ رحمه الله: «وهذا على أصْلِه [في اعتبارِ][٣] السَّاكنِ دونَ المالكِ».

وهذا معنى قولِ صاحبِ «**الهدايةِ**» رحمه الله: قالوا: وهذه فُرَيْعَةُ المالكِ والسَّاكنِ.

قولُه: (بُنِيَ)، أي: السِّجنُ.

قولُه: (فَإِذَا كَانَ غُنْمُهُ يَعُودُ إِلَيْهِمْ؛ فَغُرْمُهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ)، أي: إذا كانَ غُنْمُ السِّجنِ وهوَ نَفْعُه يَعُودُ إلى المسلمينَ؛ فغُرْمُ السِّجنِ يَرْجِعُ على المسلمينَ أيضًا؛

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٥/ داماد].
(٢) في «الأصل»: «المسجد». والمثبت من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».
(٣) في «الأصل»: «باعتبار». والمثبت من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».

قَالَ: وَإِنْ وُجِدَ فِي بَرِّيَّةٍ لَيْسَ بِقُرْبِهَا عِمَارَةٌ؛ فَهُوَ هَدَرٌ، وَتَفْسِيرُ الْقُرْبِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ اسْتِمَاعِ الصَّوْتِ لِأَنَّهُ إذَا كَانَ بِهَذِهِ الْحَالَةِ لَا يَلْحَقُهُ الْغَوْثُ مِنْ غَيْرِهِ فَلَا يُوصَفُ أَحَدٌ بِالتَّقْصِيرِ، وَهَذَا إذَا لَمْ تَكُنْ مَمْلُوكَةً لِأَحَدٍ. فإن كانت فالقسامة والدية على عاقلته.

غاية البيان

لأنَّ الغُرْمَ بالغُنْمِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ وُجِدَ فِي بَرِّيَّةٍ لَيْسَ بِقُرْبِهَا عِمَارَةٌ؛ فَهُوَ هَدَرٌ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[1].

وذلكَ لأنَّ هذه البُقعةَ ليسَ لأحدٍ عليها يَدٌ، ولَا هوَ أخصُّ بها، فلم يَتَعَلَّق به حُكْمٌ، فأمَّا إذا كانَ بقُرْبِها عِمارةٌ مِصْرٌ، أو قريةٌ؛ فعليهم القَسامةُ والدِّيَةُ، واعتبروا في القُرْبِ أنْ يَكُونَ بحيثُ يُسْمَعُ منه الصَّوتُ؛ لأنَّ الصَّوتَ إذا سُمِعَ منه؛ فالغَوْثُ يلْحَقُ تلكَ البُقعةَ مِنَ العمارةِ في الغالبِ، فتعلَّقَ بها الحُكْمُ؛ لأنَّه يُنْسَبُ حينئذٍ أهلُ العِمارةِ إلى التَّقصيرِ، وإنْ لَمْ يَبْلُغِ الصَّوتُ لا يَلْحَقُ الغَوْثُ، فلَا يَجِبُ شيءٌ لعدمِ نِسبةِ التَّقصيرِ.

وقالَ الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «قالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: وإذا وُجِدَ القتيلُ في فَلاةٍ مِنَ الأرضِ، نُظِرَ في ذلكَ المكانِ، فإنْ كانَ مِلْكًا لإنسانٍ؛ فالقسامةُ على ذلكَ الرَّجلِ الَّذي يَمْلِكُ ذلكَ الموضعَ، وعلى قبيلتِه، وعليهم الدِّيَةُ.

وإنْ كانَ ذلكَ الموضعُ لَا مالِكَ له، وكانَ موضعًا يُسْمَعُ فيه الصَّوتُ مِنْ مِصْرٍ مِنَ الأمصارِ؛ فعلى أقربِ القبائلِ إلى ذلكَ الموضعِ مِنَ المِصْرِ القَسامةُ والدِّيةُ، وإنْ كانَ ذلكَ الموضعُ لَا يُسْمَعُ فيه الصَّوتُ، وليسَ بمِلْكٍ لأحدٍ؛ فإنَّ دَمَهُ هَدَرٌ»[2].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٩٢].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٥/ داماد].

وَإِنْ وُجِدَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ ؛ كَانَ عَلَىٰ أَقْرَبِهِمَا وَقَدْ بَيَّنَّاهُ.

وَإِنْ وُجِدَ فِي وَسَطِ الْفُرَاتِ يَمُرُّ بِهِ الْمَاءُ ؛ فَهُوَ هَدَرٌ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِ

غاية البيان

قولُه: (وَإِنْ وُجِدَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ ؛ كَانَ عَلَىٰ أَقْرَبِهِمَا). هذا لفظ [٨/٢٣٣ظ/م] الْقُدُورِيِّ رحمه الله[1].

وأشارَ بقولِه: (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ)، إلىٰ ما ذكرَ عندَ قولِه: (وَإِنْ مَرَّتْ دَابَّةٌ بَيْنَ الْقَرْيَتَيْنِ وَعَلَيْهَا قَتِيل)، [٣/٤٧٩ظ] ولكنْ هذا محمولٌ علىٰ ما إذا كانَ يَبْلُغُ الصَّوتُ إليه.

قولُه: (وَإِنْ وُجِدَ فِي وَسَطِ الْفُرَاتِ يَمُرُّ بِهِ الْمَاءُ ؛ فَهُوَ هَدَرٌ)، وهذا لفظُ الْقُدُورِيِّ في «مختصرِه»[1].

وقالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «وإذا وُجِدَ القتيلُ في نهرٍ جارٍ صغيرٍ ممَّا يُقْضَىٰ فيه بالشُّفعةِ للشَّريكِ ؛ فعلىٰ عاقلةِ أربابِ النَّهرِ»[2].

ثمَّ قالَ فيه بعدَ صفحةٍ: «وإنْ وُجِدَ في مثلِ الفُراتِ، أو دِجْلَةَ يَجْرِي به الماءُ ؛ فلَا قَسَامَةَ فيه، ولَا دِيَةَ علىٰ أحدٍ، وإنْ وُجِدَ مُحْتبسًا في موضعٍ مِنْ دِجْلَةَ، أو الفُراتِ ؛ فعلىٰ أقربِ القُرَىٰ منْ ذلكَ الموضعِ مِنْ حيثُ يُسْمَعُ الصَّوتُ: القَسَامةُ والدِّيةُ»[3]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله.

فعَنْ هذا عرفْتَ: أنَّ قَيْدَ «الفُراتِ» في «مختصرِ الْقُدُورِيِّ» ؛ احترازٌ عنْ نهرٍ صغيرٍ، وكذا قَيْدُ «الوسطِ» ؛ احترازٌ عنْ أنْ يَكُونَ مُحْتبسًا في شَطِّ الفُراتِ.

وقالَ في «الجامع الصَّغير»: «مُحَمَّدٌ، عنْ يَعْقُوبَ، عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في القتيلِ يمرُّ في الفُراتِ، قالَ: ليسَ علىٰ أحدٍ شيءٌ، وإذا كانَ علىٰ الدَّابَّةِ قتيلٌ،

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٥/ داماد].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٦/ داماد].

أَحَدٍ وَلَا فِي مِلْكِهِ ....

وهوَ يمرُّ بينَ القَريتَيْنِ ؛ كانَ علىٰ أقربِهما»[1]. إلىٰ هنا لفظُ مُحَمَّدٍ ﵀.

وأصْلُه: أنَّ القَسامةَ والدِّيَةَ إنَّما شُرِعَتْ علىٰ جماعةٍ نُسِبُوا إلىٰ التَّقصيرِ فيما لزِمَهم مِنَ الحِفظِ، وليسَ الفُرَاتُ بداخلٍ في ولايةِ أحدٍ، ولَا يَلْزَمُ حِفْظُه أحدًا، بَل هوَ بمنزلةِ المَفَازَةِ الَّتي لَا تَدْخُلُ في ولايةِ أحدٍ، فلَمْ يَسْتَقِمْ نِسْبتُه إلىٰ أحدٍ، فوَجَبَ أنْ يَكُونَ هَدَرًا.

فأمَّا الدَّابَّةُ: فلَا تنفَكُّ عنِ الولايةِ والحِفظِ، وما بينَ القريتَيْنِ منسوبٌ إلىٰ إحداهما لَا مَحالةَ، وعلىٰ أهلِ القريةِ حِفْظُه، فإذا وُجِدَ قتيلٌ علىٰ الدَّابَّةِ في حدودِهم؛ نُسِبَ ذلكَ إلىٰ تقصيرِهم فيما لزِمَهم، وإنَّما وَجَبَ أن يُجْعَلَ علىٰ أقربِهما، لِمَا رُوِيَ: أنَّ عُمَرَ ﵁ حَكَمَ كذلكَ في قتيلٍ وُجِدَ بينَ وَادِعَةَ وَأَرْحَبَ، فجعلَ ذلكَ علىٰ وَادِعَةَ لقُرْبِها[2].

وقالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَهْ ﵀ في «شرحِه للأصلِ»: «هذا إذا كانَ موضعُ انبعاثِ الماءِ في دارِ الشِّركِ؛ لأنَّه إذا كانَ كذلكَ، فلعلَّ هذا قتيلُ دارِ الشِّركِ، وأمَّا إذا كانَ موضعُ انبعاثِ الماءِ في دارِ الإسلامِ؛ يَجِبُ الدِّيَةُ في بيتِ المالِ؛ لأنَّ موضعَ انبعاثِ الماءِ في يدِ المسلمينَ، فسواءٌ كانَ قتيلَ مكانِ الانبعاثِ، أو مكانٍ آخرَ دونَ ذلكَ، فهوَ قتيلُ المسلمينَ، فيَجِبُ الدِّيَةُ في بيتِ المالِ».

فأقولُ: هذا الَّذي ذكَرَه خُوَاهَرْ زَادَهْ ﵀ ليسَ بشيءٍ؛ لأنَّه خلافُ ما نصَّ عليه مُحَمَّدٌ ﵀ في **«الأصلِ»** و[٨/٢٣٤و/م] **«الجامعِ الصَّغيرِ»**، حيثُ أَهدَرَ الدَّمَ، ولَمْ يُوجِبْ شيئًا في قتيلٍ يمُرُّ به الفُراتُ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٣].

(٢) سبق تخريجه.

وَإِنْ كَانَ مُحْتَبَسًا بِالشَّاطِئِ؛ فَهُوَ عَلَىٰ أَقْرَبِ الْقُرَىٰ مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ عَلَىٰ التَّفْسِيرِ الَّذِي تَقَدَّمَ لِأَنَّهُ اخْتَصَّ بِنُصْرَةِ هَذَا الْمَوْضِعِ فَهُوَ كَالْمَوْضُوعِ عَلَىٰ الشَّطِّ وَالشَّطُّ فِي يَدِ مَنْ هُوَ أَقْرَبُ مِنْهُ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُمْ يَسْتَقُونَ مِنْهُ الْمَاءَ وَيُورِدُونَ بَهَائِمَهُمْ فِيهَا،

غاية البيان

وكذلكَ رَوَىٰ الطَّحَاوِيُّ والْكَرْخِيُّ في «مُختصرَيْهما»، ولم يَعْتَبِرُوا موضعَ انبعاثِ الماءِ أصلًا، ولأنَّ القَسَامةَ والدِّيَةَ إنَّما تَجبانِ حيثُ تَجبانِ على الجماعةِ لنسبةِ التَّقصيرِ إليهم فيما لزِمَهم منَ الحِفظِ، وليسَ الفُراتُ ودِجْلةُ في ولايةِ أحدٍ، بيت المال يكن حِفْظه لازمًا علىٰ أحدٍ، فَلَمْ يَسْتقمْ نِسبةُ التَّقصيرِ إلىٰ أحدٍ، فصارَ كالمَفازةِ البعيدةِ الَّتي لَا يُسْمَعُ الصَّوتُ فيها، ولَا يُلْتَفتْ إِذَنْ إلىٰ موضعِ انبعاثِ الماءِ.

ولوْ كانَ لكونِ موضعِ انبعاثِ الماءِ في دارِ الإسلامِ أَثرٌ في وجودِ الدِّيَةِ؛ لأنَّه قتيلُ المسلمينَ، لوجَبَ الدِّيَةُ إذا وُجِدَ القتيلُ في دارِ الإسلامِ في المَفازةِ البعيدةِ، لأنَّه قتيلُ [٤٨٠/٣و] المسلمينَ لَا محالةَ، فلمَّا لَمْ تَجِبِ الدِّيَةُ في المَفازةِ؛ لأنَّها ليسَتْ في ولايةِ أحدٍ، فكذا لَا تَجبُ في الفُراتِ؛ لأنَّه ليسَ في ولايةِ أحدٍ، فَافْهَمْ.

قولُه: (وَإِنْ كَانَ مُحْتَبَسًا بِالشَّاطِئِ؛ فَهُوَ عَلَىٰ أَقْرَبِ الْقُرَىٰ مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ)، وهذا لفظُ الْقُدُورِيِّ ﷺ في «مختصرِه»[(١)].

يُريدُ به: إذا كانَ يُسْمَعُ الصَّوتُ مِنَ القُرىٰ، وهذا معنىٰ قولِه علىٰ التَّفسيرِ الَّذي تَقدَّمَ، وذلكَ لأنَّ شَطَّ الفُراتِ في يدِ مَن يقْرُبُ منه، ألَا تَرَىٰ أنَّهم يَسْتَقُونَ منه الماءَ، ويُورِدونَ بهائمَهم فيه، وإذا كانَ في أيديهم كانوا أَخَصَّ به، فلزِمَهم القَسَامةُ والدِّيَةُ.

قولُه: (بَهَائِمَهُمْ فِيهَا)، أي: في الشَّطِّ، وَأَنَّثَ الضَّميرَ علىٰ تأويلِ النَّاحيةِ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٩٢].

بِخِلَافِ النَّهْرِ الَّذِي يُسْتَحَقُّ بِهِ الشُّفْعَةُ لِاخْتِصَاصِ أَهْلِهَا بِهِ لِقِيَامِ يَدِهِمْ عَلَيْهِ فَتَكُونُ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَيْهِمْ.

قَالَ: وَإِنِ ادَّعَى الْوَلِيُّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِعَيْنِهِ ؛ لَمْ تَسْقُطِ الْقَسَامَةُ عَنْهُمْ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ وَذَكَرْنَا فِيهِ الْقِيَاسَ وَالِاسْتِحْسَانَ.

غاية البيان

قولُه: (بِخِلَافِ النَّهْرِ الَّذِي يُسْتَحَقُّ بِهِ الشُّفْعَةُ)، يَتَعَلَّقُ بقولِه: (فَهُوَ هَدَرٌ). يَعْنِي: إذا وُجِدَ القتيلُ في النَّهرِ الصَّغيرِ، يَجِبُ فيه القَسامةُ والدِّيَةُ على عاقلةِ أربابِ النَّهرِ، ولَا يَكُونُ هَدَرًا لنسبةِ التَّقصيرِ إليهم ؛ لأنَّه في أيديهم.

قولُه: (قَالَ: وَإِنِ ادَّعَى الْوَلِيُّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِعَيْنِهِ ؛ لَمْ تَسْقُطِ الْقَسَامَةُ عَنْهُمْ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»[1].

وسقوطُ القَسامةِ هوَ القياسُ، وهوَ روايةُ ابنِ المباركِ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، ورُوِيَ عن مُحَمَّدٍ ﷺ مثلُه.

وفي الاستحسانِ: لَا يسْقُطُ، وهوَ روايةُ «الأصلِ» ؛ لأنَّا قدْ عَلِمْنا: أنَّ القاتلَ أحدُ أهلِ المحلَّةِ في الظَّاهرِ، ولهذا يَجِبُ عليهم الضَّمانُ، فإذا ادَّعى الوَلِيُّ على واحدٍ بِعَيْنِه، فَلَمْ يَزِدْ على ما عَلِمْناه، فلَا يَتَغَيَّرُ حُكْمُ القَسامةِ بذلكَ.

ووَجْهُ القياسِ: أنَّ دعوَاهُ على واحدٍ إبْراءٌ للباقينَ، فَلَمْ يَجُزِ استحلافُهم مع إبراءِ الوَلِيِّ لهم، فيَجِبُ يمينٌ واحدةٌ، وقدْ مرَّ تمامُ البيانِ عندَ قولِه: (هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا ادَّعَى [٨/٢٣٤ظ/م] الْوَلِيُّ الْقَتْلَ عَلَى جَمِيعِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَى عَلَى الْبَعْضِ لَا بِأَعْيَانِهِمْ).

قولُه: (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ)، أشارَ به إلى ما ذكرْناه بقولِه: (وَلَوِ ادَّعَى عَلَى الْبَعْضِ بِأَعْيَانِهِمْ: أَنَّهُ قَتَلَ وَلِيَّهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً).

(١) ينظر: المصدر السابق [ص/١٩٣].

قَالَ: وَإِنِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ؛ سَقَطَ عَنْهُمْ.

وَوَجْهُ الْفَرْقِ هُوَ أَنَّ وُجُوبَ الْقَسَامَةِ عَلَيْهِمْ دَلِيلٌ عَلَىٰ أَنَّ الْقَاتِلَ مِنْهُمْ فَتَعْيِينُهُ وَاحِدًا مِنْهُمْ لَا يُنَافِي ابْتِدَاءَ الْأَمْرِ لِأَنَّهُ مِنْهُمْ بِخِلَافِ مَا إِذَا عَيَّنَ مِنْ غَيْرِهِمْ لِأَنَّ ذَلِكَ بَيَانُ أَنَّ الْقَاتِلَ لَيْسَ مِنْهُمْ، وَهُمْ إِنَّمَا يَغْرَمُونَ إِذَا كَانَ الْقَاتِلُ مِنْهُمْ لِكَوْنِهِمْ قَتَلَةً تَقْدِيرًا حَيْثُ لَمْ يَأْخُذُوا عَلَىٰ يَدِ الظَّالِمِ، وَلِأَنَّ أَهْلَ الْمَحَلَّةِ لَا يَقُومُونَ بِمُجَرَّدِ ظُهُورِ الْقَتِيلِ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ إِلَّا بِدَعْوَىٰ الْوَلِيِّ، فَإِذَا ادَّعَىٰ الْقَتْلَ عَلَىٰ غَيْرِهِمْ امْتَنَعَ دَعْوَاهُ عَلَيْهِمْ وَسَقَطَ لِفَقْدِ شَرْطِهِ.

قَالَ: وَإِذَا الْتَقَىٰ قَوْمٌ بِالسُّيُوفِ، فَأَجْلَوْا عَنْ قَتِيلٍ؛ فَهُوَ عَلَىٰ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ؛

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ؛ سَقَطَ عَنْهُمْ).

وذلكَ لأنَّ هذا الحُكْمَ لَا يَلْزَمُ أهلَ المحلَّةِ بظهورِ القتيلِ، إلَّا بعدَ أنْ يَّدعِيَ عليهم الوَلِيُّ، فإذا ادَّعىٰ علىٰ غيرِهم؛ فقدْ نفَىٰ بدعواه القتلَ عنْ أهلِ المحلَّةِ، فيَسْقُط عنهم حُكْمُ ذلكَ، وقدِ استَوْفَيْنا البيانَ عندَ قولِه: (هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا ادَّعَىٰ الْوَلِيُّ الْقَتْلَ عَلَىٰ جَمِيعِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ). فيُنْظَرُ ثَمَّةَ لَا محالةَ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا الْتَقَىٰ قَوْمٌ بِالسُّيُوفِ، فَأَجْلَوْا عَنْ قَتِيلٍ؛ فَهُوَ عَلَىٰ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ».

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدُ، عنْ يَعْقُوبَ، عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في فريقَيْنِ التقَيَا بالسُّيوفِ، فأَجْلَوا عن قتيلٍ، قالَ: هوَ علىٰ أهلِ المحلَّةِ، إلَّا أنْ يدَّعِيَ الأولياءُ علىٰ أولئكَ، أوْ يُعْرَفَ رجلٌ بعيْنِه، فلَا يَكُونُ علىٰ أهلِ المحلَّةِ، ولَا علىٰ أولئكَ إلَّا أن يُقيمُوا البيِّنةَ»[١]. إلىٰ [٣/٤٨٠ظ] هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصَّغيرِ».

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٣].

لأن القتيل بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ وَالْحِفْظُ عَلَيْهِمْ (إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الْأَوْلِيَاءُ عَلَىٰ أُولَئِكَ أَوْ عَلَىٰ [٢٧٨/و] رَجُلٍ مِنْهُمْ بِعَيْنِهِ فَلَمْ يَكُنْ عَلَىٰ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ شَيْءٌ) لِأَنَّ هَذِهِ

وأَصْلُ ذلكَ: أنَّ القتيلَ إذا وُجِدَ في محلَّةٍ، وَلَمْ يُعْرَفْ قاتِلُه؛ تَجِبُ القَسامةُ والدِّيَةُ على أهلِ المحلَّةِ بحديثِ خَيْبَرَ، إلَّا أنْ يدَّعِيَ الأولياءُ على بعضِ الفريقَيْنِ؛ بَرِئَ أهلُ المحلَّةِ مِن ذلكَ؛ لأنَّ دعواهم على غيرِ أهلِ المحلَّةِ إبراءٌ لأهلِ المحلَّةِ، فلَا يَثْبُتُ عليهم شيءٌ أيضًا بمجرَّدِ الدَّعوىٰ بدونِ إقامةِ البيِّنةِ، لقولِه ﷺ: «**البَيِّنَةُ عَلَىٰ المُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَىٰ مَنْ أَنْكَرَ**»[1].

وقولُه: (أَوْ يُعْرَفَ رَجُلٌ بِعَيْنِهِ).

قالَ فخرُ الإسلام البَزْدَوِيُّ ﷺ: «عنَىٰ به في الدَّعوىٰ لَا في ظهورِ القتلِ عليه، وأرادَ به: الدَّعوىٰ علىٰ رَجُلٍ بعَيْنه مِنْ أولئكَ الَّذي اقتتلُوا لَا مِنْ أهلِ المحلَّةِ؛ لأنَّه لوْ كانَتِ الدَّعوىٰ علىٰ واحدٍ منْ أهلِ المحلَّةِ؛ لَا يتَضَمَّنُ ذلكَ براءةَ أهلِ المحلَّةِ إذا لَمْ تَقُمِ الحُجَّةُ علىٰ الرَّجلِ الَّذي عَيَّنوه؛ لأنَّ القَسامةَ تَدُلُّ علىٰ أنَّ القاتلَ منهم، فتَعْيينُه منهم لَا يُنافيها، بِخلافِ التَّعيينِ مِنْ غيرِهم؛ لأنَّه يُنافيها». وقدْ مرَّ ذلكَ قبلَ هذا.

ولا يُقالُ: الظَّاهِرُ أنَّ أولئكَ القومَ قتلُوه؛ لأنَّا نَقُولُ: الظَّاهرُ يَصْلحُ للدَّفعِ، لَا للاستحقاقِ.

يُقالُ: أَجْلَوا عنْ قتيلٍ[2]، أي: انكَشَفُوا وانفَرَجوا. يَعْنِي: ذَهَبُوا وتَرَكُوا قتيلًا.

قولُه: (بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ)، أي: بينَهم، والظَّهْرُ مُقْحَمٌ، كما في قولِه ﷺ: «**لَا**

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) إشارة إلىٰ قول صاحب «الهداية»: «وَإِذَا الْتَقَىٰ قَوْمٌ بِالسُّيُوفِ فَأَجْلَوْا عَنْ قَتِيلٍ». ينظر: «الهداية» للمَرْغِيناني [٤/٥٠٣].

الدَّعْوَىٰ تَضَمَّنَتْ بَرَاءَةَ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ عَنْ الْقَسَامَةِ.

قَالَ (وَلَا عَلَىٰ أُولَئِكَ حَتَّىٰ يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ) لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَىٰ لَا يَثْبُتُ الْحَقُّ لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ، أَمَّا يَسْقُطُ بِهِ الْحَقُّ عَنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ لِأَنَّ قَوْلَهُ حُجَّةٌ عَلَىٰ نَفْسِهِ.

وَلَوْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مُعَسْكَرٍ، أَقَامُوا بِفَلَاةٍ مِنَ الْأَرْضِ؛ لَا مِلْكَ لِأَحَدٍ فِيهَا، فَإِنْ وُجِدَ فِي خِبَاءٍ، أَوْ فُسْطَاطٍ؛ فَعَلَىٰ مَنْ يَسْكُنُهَا الدِّيَةُ وَالْقَسَامَةُ، وَإِنْ كَانَ

غاية البيان

صَدَقَةَ إِلَّا عَنْ ظَهْرِ غِنًى»[1].

قالَ في «الفائقِ»: «أقامَ فلانٌ بينَ أَظْهُرِ قومِه وظَهْرانَيْهم، أي [٨/٢٣٥و/م]: أقامَ بينَهم، وإقحامُ الأَظْهُرِ ـ وهو جَمْعُ ظَهْرٍ ـ علىٰ معنىٰ: أنَّ إقامتَه فيهم علىٰ سبيلِ الاستظهارِ بهم، والاستنادِ إليهم، وأمَّا «ظَهرانَيْهم»: فقدْ زِيدَتْ فيه الألفُ والنُّونُ علىٰ «ظَهْر» عندَ التَّثنية للتَّأكيدِ[2]، وكأنَّ معنىٰ التَّثنيةِ: أنَّ ظَهْرًا منهم قُدَّامه، وآخرَ وراءَه؛ فهوَ مَكْنُوفٌ مِنْ جانبَيْه، هذا أصْلُه، ثمَّ كَثُرَ حتَّىٰ استُعْمِلَ في الإقامةِ بينَ القومِ مطلقًا، وإن لَمْ يَكُنْ مَكْنُوفًا»[3]. ذكَرَه في الألفِ معَ الزَّاي.

قولُه: (لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ)، أشارَ به إلىٰ ما ذكَرَه في أوائلِ بابِ القَسَامةِ بقولِه: «الْبَيِّنَةُ عَلَىٰ الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَىٰ مَنْ أَنْكَرَ»[4].

قولُه: (**وَلَوْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مُعَسْكَرٍ، أَقَامُوا بِفَلَاةٍ مِنَ الْأَرْضِ؛ لَا مِلْكَ لِأَحَدٍ فِيهَا، فَإِنْ وُجِدَ فِي خِبَاءٍ، أَوْ فُسْطَاطٍ؛ فَعَلَىٰ مَنْ يَسْكُنُهَا الدِّيَةُ وَالْقَسَامَةُ، وَإِنْ كَانَ**

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) «وذلك لأن الألف والنون تستعملان للمبالغة كما في: «عطشان» و«سكران».» كذا في حاشية «م».

(٣) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [١/٤١].

(٤) سبق تخريجه.

خَارِجًا مِنَ الْفُسْطَاطِ؛ فَعَلَىٰ أَقْرَبِ الْأَخْبِيَةِ؛ اعتبارا لليد عند انعدام الملك.

غاية البيان

خَارِجًا مِنَ الْفُسْطَاطِ؛ فَعَلَىٰ أَقْرَبِ الْأَخْبِيَةِ)[1]، وهذه مِنْ مسائلِ «الأصلِ»، ذكرَها تفريعًا علىٰ مسألةِ «المختصرِ».

يُقالُ: عَسْكَرَ يُعَسْكِرُ عَسْكَرةً؛ إذا هيَّأ العَسْكَرَ. كذا في «ديوانِ الأدبِ»[2].

والعَسْكرُ: هوَ الجُنْدُ، وكانَ مِنْ حقِّ الكلامِ أنْ يُقالَ: في عَسْكرٍ أقاموا بفَلاةٍ. أي: نَزَلُوا وسَكَنوا بها؛ لأنَّ المُعَسْكَرَ بفتح الكافِ منزل العَسْكرِ، إلَّا أنْ يُقالَ: أرادَ به: العَسْكَر المُهَيَّأ.

ولفظُ الْكَرْخِيِّ: «وقالَ مُحَمَّدٌ ﷺ في قتيلٍ يُوجَدُ في العَسكرِ في فَلاةٍ مِنَ الأرضِ ليسَ في مِلْكِ أحدٍ: أنَّه إنْ وُجِدَ في خِباءٍ أو فُسطاطٍ؛ فعلىٰ مَن يَسْكُنُ ذلكَ الخِباءَ أوِ الفُسطاطَ: القَسامةُ والدِّيةُ علىٰ عَواقِلِهم، وإنْ وُجِدَ خارجًا [منَ الفُسطاطِ والخِباءِ؛ فعلىٰ أقربِ الأَخْبِية منه: القَسامةُ والدِّيةُ»[3]. إلىٰ هنا لفظُه في «مختصرِه».

وجملةُ][4] الكلامِ فيه: ما قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «وإذا وُجِدَ القتيلُ في العَسكرِ، والعَسكرُ في [٣/٤٨١و] أرضٍ فَلاةٍ؛ فهوَ علىٰ القبيلةِ الَّذينَ وُجِدَ في رِحالِهم؛ لأنَّهم إذا نَزَلُوا في فَلاةٍ صارَ كلُّ قبيلةٍ كمحلَّةٍ علىٰ حِدَةٍ، فيَكُونُ صيانةُ ذلكَ الموضعِ عليهم. هذا إذا نزلوا قبيلةً قبيلةً، أمَّا إذا نزلُوا مختَلِطينَ يَجِبُ علىٰ أقربِ أهلِ الأَخْبِية إليه علىٰ مَنْ في الخِباءِ

(١) ينظر: «الأصل» [٤/٤٣٢، ٤٣٣]، «المبسوط» [٢٦/١١٩، ١٢٠]، «بدائع الصنائع» [٦/٣٦٢، ٣٦٣]، «البناية» [١٢/٤٤٢ - ٤٤٤]، «الفتاوىٰ الهندية» [٦/٩٩].

(٢) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [٢/٤٧٩].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٦/ داماد].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».

وَإِنْ كَانَ الْقَوْمُ لَقُوا قِتَالًا، فَقَاتَلُوا قِتَالًا، وَوُجِدَ قَتِيلٌ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ؛

جميعًا؛ لأنَّه يَصِيرُ كَدُورٍ مُتفرِّقةٍ، ليسَ في موضعِ قومٍ مجتَمِعِينَ.

وإنْ كانَ العسكرُ في مِلْكِ رَجُلٍ؛ فَعَلىٰ عاقِلةِ ربِّ الأرضِ القَسامةُ والدِّيةُ؛ لأنَّ صاحبَ المِلْكِ أقدرُ علىٰ الصِّيانةِ، بمنزلةِ دارٍ مملوكٍ لرَجُلٍ وفيها ساكنٌ، وإنْ كانَ العَسكرُ في فلاةٍ منَ الأرضِ، فَوُجِدَ قتيلٌ في فُسطاطِ رَجُلٍ؛ فعَلَيه القَسامةُ [٨/٢٣٥ظ/م] يُكرَّرُ عليه الأَيْمانُ، وعلىٰ عاقِلَته الدِّيةُ؛ لأنَّه بمنزلةِ دارٍ وُجِدَ فيها قتيلٌ في المحلَّةِ؛ فإنَّ القسامةَ تَجِبُ علىٰ صاحبِ الدَّارِ والدِّيةُ علىٰ عاقِلَتِه؛ لأنَّ أمرَ الصِّيانةِ إليه، فكذا هنا.

ولوْ وُجِدَ القتيلُ بينَ القبيلتَيْنِ منَ العَسكرِ فعليهما جميعًا القَسامةُ والدِّيةُ، إنْ كانَ القتيلُ إليهما سواءً؛ لأنَّهما في قُدْرةِ الصِّيانةِ علىٰ السَّواءِ، بمنزلةِ قتيلٍ بينَ المحلَّتيْنِ، وإنْ كانَ أهلُ العَسكرِ قدْ لَقوا عَدُوَّهم؛ فلَا قَسامةَ في القتيلِ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ هذا قتيلُ العدوِّ». كذا في «**شرحِ الكافي**».

والخِباءُ: الخَيْمةُ منَ الصُّوفِ، والفُسْطَاطُ: الخَيمةُ العظيمةُ.

قالَ ابنُ جِنِّي في شرْحِه لـ«**ديوانِ المُتَنَبِّي**» في قافيةِ النُّونِ: «أخبرَني أبو بكرٍ محمَّدُ بنُ الحسنِ، عنْ أبي العبَّاسِ أحمدَ بنِ يَحْيَىٰ قالَ: قالَ [لي][1] يعقوبُ: قالَ ابنُ الكَلْبِيِّ: بيوتُ العربِ ستَّةٌ: قُبَّةٌ مِنْ أَدَمٍ، ومِظَلَّةٌ مِنْ شَعَرٍ، وخِباءٌ مِنْ صُوفٍ، وبِجَادٌ مِن وَبَرٍ، وخَيمةٌ منْ شَجَرٍ، وقُنَّةٌ وأُقْنَةٌ مِنْ حَجَرٍ»[2].

قولُه: (وَإِنْ كَانَ الْقَوْمُ لَقُوا قِتَالًا، فَقَاتَلُوا قِتَالًا، وَوُجِدَ قَتِيلٌ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ؛

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفَسْر في شرْح ديوان المتنبِّي» لابن جني.

(٢) ينظر: «الفَسْر في شرْح ديوان المتنبِّي» لابن جني [٣/٦٨٦].

فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْعَدُوَّ قَتَلَهُ فكَانَ هَدَرًا ، وَإِنْ لَمْ يَلْقَوْا عَدُوًّا

فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ) ، وهذه المسألةُ ذُكِرَتْ تفريعًا علىٰ مسألةِ «**المختصرِ**» أيضًا ، وهيَ مِنْ مسائلِ «**الأصلِ**»[1].

وقالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله **في** «**مختصرِه**»: «وإنْ كانَ القومُ قدْ لَقوا قتالًا فقاتلوا ، فلَا قَسامةَ ولا دِيَةَ في قتيلٍ وُجِدَ بينَ أظْهُرِهم ، وكذلكَ رَوَىٰ بِشْرٌ عنْ أبي يُوسُفَ رحمه الله قالَ: قالَ أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه: إذا وُجِدَ القتيلُ في عَسْكرِ المسلمينَ بعدما لَقوا عَدُوَّهم ، فكانَ بينهم قتالٌ ؛ لَا قَسامَةَ فيه ولَا دِيَةَ .

وكذلكَ قالَ أبو يُوسُفَ رحمه الله ، **وقال**: هذا مِن قَتْلَىٰ العدوِّ ، وإذا لَمْ يَكُونُوا لَقوا عدوًّا ، ولَا قتالًا ؛ فإنَّ أبا حَنِيفَةَ رضي الله عنه قالَ في ذلكَ: هوَ علىٰ أربابِ الأرضِ الَّتي فيها العَسكرُ ، فإنْ لَمْ يَكُنْ لها مالكٌ ؛ فعلىٰ عاقِلَةِ أَقربِ الأخْبِيَةِ والفَساطِيطِ إليه: القَسامةُ والدِّيةُ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله .

قولُه: (قِتَالًا) ، فيه وجوهٌ: يَحْتَمِلُ أنْ يَكُونَ مفعولًا به علىٰ إرادةِ معنىٰ المصدرِ ، كقولِهم: لَقِيَ فلانٌ في مجلسِ الأميرِ الضَّربَ ، أو الإكرامَ إذا حصَلَ له ذلكَ . أي: حَصَلَ لهم القتالُ منَ العدوِّ .

ويَحْتَمِلُ أنْ يَكُونَ حالًا مِنْ ضميرِ الجمعِ ، علىٰ إرادةِ اسمِ الفاعلِ منَ المصدرِ ، أي: مُقاتِلينَ ، يَعْنِي: لقوا العَدُوَّ مُقاتِلينَ ، والمفعولُ به محذوفٌ .

ويَحْتَمِلُ أنْ يَقَعَ [٢٣٦/٨و/م] «قتالًا» ، بمعنىٰ [٤٨١/٣ظ]: مُقاتِلينَ ، مفعولًا به أيضًا ، صفةً لمحذوفٍ قائمةً مقامَه ، أي: لَقوا عَدُوًّا مُقاتِلينَ ، فقاتَلوا مُقاتلةً .

ويَجُوزُ أنْ يَقَعَ تمييزًا ، أي: لَقوا العَدُوَّ منْ حيثُ المُقاتلةُ ؛ لأنَّ في لقائِهم

---

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٥٧٢/٦/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية] .

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٥/ داماد] .

فَعَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ وَإِنْ كَانَ لِلْأَرْضِ مَالِكٌ فَالْعَسْكَرُ كَالسُّكَّانِ فَيَجِبُ عَلَىٰ الْمَالِكِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ.

قال: قَالَ: وَإِذَا قَالَ الْمُسْتَحْلَفُ: قَتَلَهُ فُلَانٌ؛ اسْتُحْلِفَ بِاللهِ مَا قَتَلْتُ، وَلَا عَرَفْتُ لَهُ قَاتِلًا غَيْرَ فُلَانٍ؛ لِأَنَّهُ يُرِيدُ إِسْقَاطَ الْخُصُومَةِ عَنْ نَفْسِهِ بِقَوْلِهِ فَلَا يُقْبَلُ فَيَحْلِفُ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَرَّ بِالْقَتْلِ عَلَىٰ وَاحِدٍ صَارَ مُسْتَثْنًىٰ عَنْ الْيَمِينِ فَبَقِيَ حُكْمُ مَنْ سِوَاهُ فَيَحْلِفُ عَلَيْهِ.

غاية البيان

إبهامًا يَجُوزُ أنْ يَكُونَ ذلكَ بسبيلِ الصُّلحِ، أوْ بسبيلِ العَداوةِ والمُقاتلةِ.

ويَجُوزُ أنْ يَقَعَ مفعولًا له، أي: لَقوا العَدُوَّ لأجْلِ المُقاتلةِ.

والحاصلُ: أنَّ القتالَ إذا سبَقَ بينَ عَسكرِ المسلمينَ، وبينَ العدوِّ، ثمَّ وُجِدَ القتيلُ بينَ المسلمينَ؛ فلَا قَسَامَةَ فيه ولَا دِيَةَ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه مِن قتْلَىٰ العدُوِّ.

قولُه: (فَعَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ)، أشارَ به إلىٰ أنَّ القتيلَ إذا وُجِدَ في العَسكرِ بفَلاةٍ، فإنْ وُجِدَ في الخِباءِ؛ فهوَ علىٰ ساكِنِه، وإنْ وُجِدَ خارجَ الخِباءِ؛ فعلىٰ أقربِ الأخبيةِ.

قولُه: (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ)، أشارَ به إلىٰ ما ذكرَ عندَ قولِه: (**وَلَا يَدْخُلُ السُّكَّانُ مَعَ الْمُلَّاكِ فِي الْقَسَامَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ** ﷺ، **وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ** ﷺ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: **هُوَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا**).

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا قَالَ الْمُسْتَحْلَفُ: قَتَلَهُ فُلَانٌ؛ اسْتُحْلِفَ بِاللهِ مَا قَتَلْتُ، وَلَا عَرَفْتُ لَهُ قَاتِلًا غَيْرَ فُلَانٍ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «**مختصرِه**»[1]، **يَعْنِي**: لَا يسْقُطُ اليمينُ عنه بقولِه: (قَتَلَهُ فُلَانٌ).

غايةُ ما في البابِ: أنَّ فلانًا صارَ مُسْتَثْنًىٰ عنْ يمينِه، حيثُ قالَ: قتَلَه هُوَ،

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٩٣].

قَالَ: وَإِذَا شَهِدَ اثْنَانِ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ عَلَىٰ رَجُلٍ مِنْ غَيْرِهِمْ: أَنَّهُ قَتَلَ؛ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا وهذا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تُقْبَلُ لِأَنَّهُمْ كَانُوا بِعَرْضِيَّةِ أَنْ يَصِيرُوا خُصَمَاءَ وَقَدْ بَطَلَتْ الْعَرْضِيَّةُ بِدَعْوَىٰ الْوَلِيِّ الْقَتْلَ عَلَىٰ غَيْرِهِمْ فَتُقْبَلُ

غاية البيان

وهذا لَا يَنْفِي أنْ يَكُونَ المُقِرُّ شريكًا معه في القتلِ، وأنْ يَكُونَ غيرُه شريكًا معه، فإذا كانَ كذلكَ؛ يُحَلَّفُ أنَّه ما قَتَلَه، ولَا عَرفَ له قاتلًا غيرَ فلانٍ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا شَهِدَ اثْنَانِ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ عَلَىٰ رَجُلٍ مِنْ غَيْرِهِمْ: أَنَّهُ قَتَلَ؛ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»[(١)]، وهذا الَّذي ذكَرَه قولُ أبي حَنِيفَةَ ﷺ.

وقالَ أبو يُوسُفَ ومُحَمَّدٌ ﷺ: يُقْبَلُ شهادتُهما؛ لأنَّ الوَلِيَّ لمَّا ادَّعَىٰ علىٰ غيرِهم؛ فقدْ أبرأَهم عنِ الدَّعوىٰ، فقدْ خرَجوا عنْ عَرضِيَّةِ كونِهم خَصْمًا، فَلَمْ يَكُنْ في شهادتِهم جَرُّ مَغْنَمٍ، ولَا دَفْعُ مَغْرَمٍ، فانتفَتِ التُّهمةُ أصلًا، فتُقْبَل شهادتُهم كسائرِ الأجانبِ.

ولأبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّهم تَعَيَّنوا خَصمًا لوُجود القتيلِ بينَ أظْهُرِهم؛ لأنَّهم جُعِلوا خَصمًا تقديرًا بجَعْلِهم قاتِلينَ تقديرًا لتقصيرِهم، ولهذا لوِ ادَّعوا القتلَ علىٰ غيرِهم؛ قُبِلَ شهادتُهم علىٰ ذلكَ بدونِ الوَلِيِّ يَصِحُّ؛ لأنَّهم يَحْتَاجُونَ إلىٰ دَفْعِ تُهمةِ القتلِ عنْ أنفسِهم، والخَصمُ في حادثةٍ لَا تُقْبَلُ شهادتُه فيها.

وإنْ خَرَج مِنْ كونِه خصمًا، ولأنَّ معنىٰ التُّهمة قائمٌ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ [٨/٢٣٦ط/م] أن يَدْفَعُوا بهذه الشَّهادةِ المَغْرَمَ عنْ أنفسِهم؛ إذْ مِنَ الجائزِ أنْ يَجِيءَ وَلِيٌّ آخرُ فيدَّعِي عليهم، فلوْ قُبِلَتْ شهادتُهم، وقضىٰ القاضي بذلكَ؛ لَمْ يَكُنْ لغيرِه أنْ يدَّعِيَ عليهم شيئًا، فثَبَتَ أنَّ احتمالَ دَفْعِ الغُرْمِ ثابتٌ، وكفىٰ بهذا القدرِ تُهْمةً، ولكنْ لَا

(١) ينظر: المصدر السابق.

شَهَادَتُهُمْ كَالْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ إذَا عُزِلَ قَبْلَ الْخُصُومَةِ. وَلَهُ أَنَّهُمْ خُصَمَاءُ بِإِنْزَالِهِمْ قَائِلِينَ لِلتَّقْصِيرِ الصَّادِرِ مِنْهُمْ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ وَإِنْ خَرَجُوا مِنْ جُمْلَةِ الْخُصُومِ كَالْوَصِيِّ إذَا خَرَجَ مِنْ الْوِصَايَةِ بَعْدَمَا قَبِلَهَا ثُمَّ شَهِدَ.

قال رضي الله عنه: وَعَلَى الْأَصْلَيْنِ هَذَيْنِ: يَتَخَرَّجُ كَثِيرٌ مِنَ الْمَسَائِلِ مَنْ هذَا الْجِنْسِ.

غاية البيان

شيءَ عليهم منَ الدِّيَةِ؛ لأنَّ الوَلِيَّ قدْ أَبْرَأَهُمْ.

قولُه: (وَعَلَى الْأَصْلَيْنِ هَذَيْنِ: يَتَخَرَّجُ كَثِيرٌ مِنَ الْمَسَائِلِ مَنْ هَذَا الْجِنْسِ).

أحدُ الأَصْلَيْنِ: أنَّ مَنِ انتصَبَ خصمًا في حادثةٍ لَا تُقْبَلُ شهادتُه في تلكَ الحادثةِ أبدًا بالإجماعِ.

والثَّاني: إنَّ مَن له عَرضِيَّةٌ أنْ يَصِيرَ خصْمًا، ثمَّ بطلَتِ العَرضِيَّةُ فشهِدَ؛ يُقْبَلُ بالإجماعِ.

[٤٨٢/٣و] ثمَّ أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه قالَ في هذه المسألةِ: الشُّهودُ خصومٌ، فلَا تُقْبَلُ شهادتُهم وإنْ خرَجوا مِنَ الخصومةِ، وهما قالا: إنَّهم ليسوا بخصومٍ، ولكنْ لهم عَرضِيَّةٌ أن يَصِيرُوا خَصمًا، فبطلَتِ العَرَضِيَّةُ، فتُقْبَلُ شهادتُهم.

قالَ الإمامُ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ رحمه الله في «شرحِ الزِّياداتِ» في بابِ شهادةِ الوكيلِ بعدَ الخصومةِ وقبْلَها: «الأصلُ في البابِ: أنَّ مَنْ صارَ خصمًا في شيءٍ بطلَتْ شهادتُه في ذلكَ أصلًا؛ لِمَا رُوِيَ عنِ النَّبيِّ ﷺ أنَّه قالَ: «**لَا شَهَادَةَ لِخَصْمٍ**»[١].

وبنَى على ذلكَ مسائلَ:

منها: رَجُلٌ أوصى إلى رَجُلٍ، ثمَّ ماتَ، فَلَمْ يُخاصِمِ الوَصِيُّ إلى القاضي حتَّى عَزَلَه القاضي، وجعلَ للميِّتِ وَصِيًّا غيرَه، ثمَّ إنَّ الوَصِيَّ الأوَّلَ شهِدَ للميِّتِ

---

(١) سبق تخريجه.

بشهادةٍ منْ مالٍ أو غيرِه، فإنَّ شهادتَه باطلٌ؛ لأنَّه لمَّا ماتَ المُوصي وقدْ قَبِلَ الوِصايةَ، فقدْ صارَ خَصمًا قائمًا مقامَه على طريقِ الخلافةِ، والمُوصِي لا شهادةَ في حقِّ نفسِه، فكذلكَ مَنْ يخلُفُه.

ألا تَرَىٰ أنَّ الخصومةَ مُنافيةٌ للشَّهادةِ، والشَّهادةُ أمانةٌ والخصومةُ ضدُّها. فإنْ كانَ الوصيُّ لَمْ يَرُدَّ وَلَمْ يَقْبلْ حتَّىٰ شَهِدَ، سألَه القاضي: أتقْبلُ الوصيةَ أمْ لا؟ فإنْ قَبِلَها أبطلَ شهادتَه، وإنْ ردَّها أمضىٰ شهادتَه؛ لأنَّ سببَ الرَّدِّ موقوفٌ، فتوقَّفَ أمرُ الشَّهادةِ، وذلكَ كالشَّفيعَيْنِ إذا شهدَا بالبيعِ: فإنْ طلَبَا الشُّفعةَ رُدَّتْ شهادتُهما، وإنْ أبطلَاها قُبِلَتْ شهادتُهما، وإنْ لَمْ يُخبِرا بشيءٍ، وَقفَها حتَّىٰ يَظْهَرَ حالُه.

ومنها: رَجُلٌ وكَّلَ رَجُلًا بالخصومةِ في شيءٍ، ثمَّ أخرجَه منها قبلَ أنْ يُخاصِمَه فيها إلىٰ القاضي، ثمَّ شهِدَ الوكيلُ بذلكَ؛ جازَتْ شهادتُه عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وبطلَتْ عندَ أبي يُوسُفَ ﷺ؛ لأنَّ الوكيلَ لَمْ يَخْلُفِ المُوكِّلَ مِنْ قِبَلِ أنَّ المُوكِّلَ حيٌّ، ولكنَّه أمَرَه بالفعلِ، فإذا فعلَ ذلكَ قامَ مقامَه، وإلَّا فلَا، [٨/٢٣٧و/م] والدَّليلُ عليه أنَّه لوْ أقرَّ في مجلسِ القاضي علىٰ مُوكِّلِه صَحَّ، وفي غيرِ مجلسِه لَا يَصِحُّ، فثبتَ أنَّه قبلَ أنْ يُخاصِمَ لَا يَصِيرُ خصمًا، فلَا تَبْطُلُ شهادتُه، وعندَ أبي يُوسُفَ ﷺ: لمَّا قَبِلَ الوكالةَ فقدْ قامَ مقامَه، وصارَ خصمًا.

ألَا تَرَىٰ أنَّ إقرارَه في غيرِ مجلسِ القاضي جائزٌ عندَه على المُوكِّلِ، فإنْ خاصَمَ فيها ثمَّ خرَجَ؛ لَمْ تُقْبَلْ شهادتُه في ذلكَ أبدًا، هذا في الوكالةِ الخاصَّةِ.

ومنها: رَجُلٌ وكَّلَ رَجُلًا بخصومةِ فلانٍ في كلِّ حقٍّ له قِبَلَهُ بمَحْضرٍ مِنَ القاضي، والقاضي يَعْرِفُهم جميعًا، فلَمْ يُخَاصِمِ الوكيلُ في شيءٍ مِن ذلكَ حتَّىٰ عَزَلَه المُوكِّلُ، ثمَّ شهِدَ الوكيلُ بشيءٍ منْ ذلكَ الَّذي وكَّلَه به؛ قُبِلَتْ شهادتُه عندَ

. . . .

أبي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ ﷺ؛ لأنَّ التوكيلَ عندَ القاضي يُوجِبُ العلمَ للقاضي حتَّىٰ إذا خاصَمَ بعدَ ذلكَ؛ لَمْ يُحْتَجْ إلىٰ إثباتِ الوكالةِ عندَ هذا القاضي.

فأمَّا الخصومةُ: فَلَمْ تُوجَد، فلَا تَبْطُلِ الشَّهادةُ، فإنْ لَمْ يُخْرِجْه المُوكِّلُ حتَّىٰ خاصَم رَجُلًا بدَيْنٍ للمُوكِّلِ عليه، وذلكَ ألفُ درهمٍ إلىٰ هذا القاضي، فقضَىٰ بذلكَ أوْ لَمْ يَقْضِ [٤٨٢/٣ظ] حتَّىٰ عزَلَه المُوَكِّلُ، ثمَّ شهِدَ المُوكِّلُ بهذه الألفِ؛ لَمْ تُقْبَلْ، وإنْ شهِدَ بمالٍ آخرَ قبلَ هذا الرَّجلِ؛ قُبِلَتْ شهادتُه؛ لأنَّ القاضيَ إنَّما جعَلَه خصمًا في خصومةِ الألفِ الَّتي خاصَم فيها، فأمَّا فيما عدا ذلكَ فَلَمْ يَجْعَلْه خَصمًا، بَل عَلِمَه وكيلًا بذلكَ، وبعِلْمِه لَا يَصِيرُ خَصمًا.

وإنَّما يَصِيرُ خَصمًا بفِعْلِ الخصومةِ، وفِعْلُ الخصومةِ إنَّما اختصَّ في ألفِ درهمٍ، وهذا إذا كانَتِ الوكالةُ عامَّةً في الموجودِ دونَ الحادثِ، وكانَتْ مُؤكَّدةً بعِلْمِ[1] القاضي، فأمَّا إذا كانَتْ مُؤكَّدةً بحُكْمِ القاضي، كما إذا كانَ المُوكِّلُ وَكَّلَه بغيرِ مَحْضرٍ منَ القاضي، فأحضرَ الوكيلُ إلىٰ القاضي الرَّجلَ، وادَّعىٰ عليه ألفَ درهمٍ للمُوكِّلِ، فأنكَرَ الرَّجُلُ الوكالةَ، فأقامَ الوكيلُ بيِّنةً علىٰ ذلكَ، فقضىٰ له به القاضي، ثمَّ عزَلَه المُوَكِّل، ثمَّ شهِدَ الوكيلُ بمالٍ علىٰ الَّذي وُكِّلَ بالخصومةِ معه؛ لَمْ تُقْبَلْ شهادتُه علىٰ كلِّ حالٍ؛ لأنَّ القاضيَ لمَّا لَمْ يَعْلَمْ بوكالتِه احتاجَ الوكيلُ إلىٰ إثباتِها بالبَيِّنةِ، ومِنْ ضرورةِ إثباتِها في هذا الحقِّ ثبوتُها في كلِّ الحقوقِ؛ لأنَّ التَّوكيلَ حَصَلَ عامًّا، فلَا يَثْبُتُ في شيءٍ حتَّىٰ تَثْبُتَ جُمْلتُه كما أثبَتَها المُوَكِّلُ.

وإذا كانَ كذلكَ صارَتِ الخصومةُ في الألفِ خصومةً في سائرِ الحقوقِ؛ لإثباتِ الوكالةِ، فسقطَتْ شهادتُه في عامَّةِ الحقوقِ فيها إلَّا أنْ يشهدَ بمالٍ حادثٍ بعدَ تاريخِ الوكالةِ؛ لأنَّ التَّوكيلَ بالخصومةِ [٢٣٧/٨ظ/م] في كلِّ حقٍّ له قِبَلَ فلانٍ لا يَتَنَاوَلُ الحادثَ

(١) في «الأصل»: «بحكم». والمثبت من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».

....

بعدَ التَّوكيلِ، وإنَّما يَتَناوَلُ الموجودَ، فإذا لَمْ يَصِرْ خصمًا فيه لَمْ تَبْطُلْ فيه شهادتُه.

ومنها: رَجُلٌ ادَّعىٰ عندَ القاضي أنَّ فلانًا وَكَّلَه بالخصومةِ مع فلانٍ وفلانٍ وفلانٍ في كلِّ حقٍّ قِبَلَهم، وأحضرَ واحدًا منهم، وأقامَ عليه البيِّنَةَ بالوكالةِ، ثمَّ أخرجَه المُوَكِّلُ، ثمَّ شهِدَ له الوكيلُ بحقٍّ علىٰ هذا الَّذي أحضَرَه، أو علىٰ الآخرينَ؛ لَمْ تُقْبَلْ شهادتُه؛ لأنَّ الخصومةَ معَ الحاضرِ كانَتْ خصومةً معَ الغائبين أيضًا.

وصارَ هذا الواحدُ خَصمًا عنهم؛ لأنَّه لَا يَتَوَصَّلُ إلىٰ إثباتِ الوكالةِ بخصومةِ الحاضرِ إلَّا بإثباتِها علىٰ الغائبينَ؛ لأنَّها وكالةٌ واحدةٌ، وإذا كانَ كذلكَ بطلَتِ الشَّهادةُ عليهم جميعًا إلَّا أنْ يَكُونَ حقًّا حادثًا بعدَ الوكالةِ؛ لِمَا قُلْنا: إنَّ هذا التَّوكيلَ لَا يَتَنَاوَلُ الحادثَ.

ومنها: رَجُلٌ ادَّعىٰ عندَ القاضي: أنَّ فلانًا وَكَّلَه بطلبِ كلِّ حقٍّ له في مِصْرِ كذا والخصومةِ فيه، وأحضَرَ خَصمًا، فأقامَ عليه بيِّنَةً بذلكَ، ثمَّ إنَّ المُوَكِّلَ أخرجَه مِنَ الوكالةِ، ثمَّ شهِدَ الوكيلُ بحقٍّ له علىٰ رَجُلٍ في ذلكَ المِصْرِ، لَمْ يُقْبَلْ؛ لأنَّه لمَّا خاصَم واحدًا منهم، فقدْ خاصَمَهم، لِمَا قُلْنا إنَّها وكالةٌ واحدةٌ حتَّىٰ إنَّه لَا يَحْتَاجُ إلىٰ إقامةِ البَيِّنَةِ بالوكالةِ علىٰ غيرِه.

فصارَ الواحدُ خصمًا عنِ الجماعةِ، وكذلكَ لوْ شهِدَ بحقٍّ حادثٍ بعدَ الوكالةِ؛ لأنَّ هذا التَّوكيلَ يَتَنَاوَلُ القائمَ والحادثَ علىٰ ما عُرِفَ في كتابِ الوكالةِ، إلَّا أنْ يُعْرَفَ حقٌّ له حادِثٌ بعدَ العَزْلِ، فتُقْبَلُ شهادتُه بذلكَ؛ لأنَّه [٣/٤٨٣و] لَمْ يَصِرْ خَصمًا فيه.

ومنها: أنَّ رَجُلًا حضَرَ عندَ القاضي، وادَّعىٰ أنَّ فلانًا وَكَّل فلانًا الغائبَ، وهذا الحاضرُ بالخصومةِ في كلِّ حقٍّ له قِبَلَ النَّاسِ، فإنَّ القاضيَ يَقْبَلُ البيِّنَةَ، ويَجْعلُ الحاضرَ والغائبَ جميعًا وكيلًا؛ لأنَّ أحدَ الوكيلَيْنِ وإنْ كانَ يَتَفَرَّدُ بالخصومةِ فإنَّه

وَلَوِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِعَيْنِهِ، فَشَهِدَ شَاهِدَانِ مِنْ أَهْلِهَا عَلَيْهِ؛ لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ؛ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ قَائِمَةٌ مَعَ الْكُلِّ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ وَالشَّاهِدُ يَقْطَعُهَا عَنْ نَفْسِهِ فَكَانَ مُتَّهَمًا. [٢٧٨/ط]

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الشُّهُودَ يَحْلِفُونَ بِاللهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلَا يَزْدَادُونَ عَلَىٰ ذَلِكَ لِأَنَّهُمْ أَخْبَرُوا أَنَّهُمْ عَرَفُوا الْقَاتِلَ.

غاية البيان

لَا يَتَفَرَّدُ بالقبضِ، فصارَ لَا يَثْبُتُ حقُّه إلَّا بإثباتِ حقِّ الغائبِ، فصارَ خصمًا عنه حتَّىٰ إذا حضرَ الغائبُ؛ لَمْ يُكَلَّفْ إعادةَ البيِّنةِ علىٰ الوكالةِ، فإنْ عَزَلَهما المُوكِّلُ، ثمَّ شَهِدا له بحقٍّ؛ لَمْ تُقْبَلْ شهادتُهما إلَّا في حقٍّ حادثٍ بعدَ العَزلِ؛ لِما قُلْنا: إنَّ هذا توكيلٌ عامٌّ في كلِّ مِصْرٍ، فتناوَلَ الحادثَ والموجودَ، كالمُقيَّدِ بمِصْرٍ واحدٍ.

وقولُه [٨/٢٣٨و/م]: «وكَّلْتُكَ بكلِّ حقٍّ له». بمنزلةِ قولِه: «وكَّلْتُكَ بطلبِه والخصومةِ فيه». لِمَا عُرِفَ في كتابِ الوكالةِ، وهذا استحسانٌ. كذا في «**شرحِ الزِّياداتِ**»، والباقي يُعْلَمُ ثَمَّةَ.

قولُه: (**وَلَوِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِعَيْنِهِ، فَشَهِدَ شَاهِدَانِ مِنْ أَهْلِهَا عَلَيْهِ؛ لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ**)، ذكَرَه تفريعًا علىٰ مسألةِ «**المختصرِ**».

وذلكَ لأنَّ الخصومةَ ثابتةٌ تقديرًا مع أهلِ المحلَّةِ جميعًا، كما قلْنا في المسألةِ الأُولىٰ، والشَّاهدانِ يدفعانِ بهذه الشَّهادَةِ الخصومةَ عنْ أنفسِهما، فكانا متَّهمَيْنِ، وشهادةُ المُتَّهمِ مردودةٌ، ولَا تسْقُطُ القَسامةُ عنْ أهلِ المحلَّةِ بهذه الدَّعوىٰ، وقدْ عَرفْتَ ذلكَ عندَ قولِه: (**وَإِنِ ادَّعَىٰ الْوَلِيُّ عَلَىٰ وَاحِدٍ مَنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِعَيْنِهِ؛ لَمْ تَسْقُطِ الْقَسَامَةُ عَنْهُمْ**).

ورُوِيَ عنْ أبي يُوسُفَ ﷺ: يُحَلَّفُ الشُّهودُ باللهِ ما قَتَلْنا، ولَا يُزَادُ علىٰ ذلكَ؛ لأنَّهم اعترَفُوا أنَّهم عَرَفُوا القاتلَ، فلَا وَجْهَ للاستحلافِ، وعنْ مُحَمَّدٍ ﷺ: يُحَلَّفُونَ

قال: وَمَنْ جُرِحَ فِي قَبِيلَةٍ، فَنُقِلَ إِلَىٰ أَهْلِهِ فَمَاتَ مِنْ تِلْكَ الْجِرَاحَةِ، فَإِنْ كَانَ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّىٰ مَاتَ؛ فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَىٰ الْقَبِيلَةِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا ضَمَانَ فِيهِ وَلَا قَسَامَةَ؛ لِأَنَّ الَّذِي حَصَلَ فِي الْقَبِيلَةِ وَالْمَحَلَّةِ مَا دُونَ النَّفْسِ فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ صَاحِبَ فِرَاشٍ.

أنَّا ما قتَلْناه، ولَا عَلِمْنا له قاتلًا غيرَ الَّذي شَهِدْنا عليه؛ لأنَّ التَّخصيصَ لَمْ يُوجَدْ إلَّا في حقِّ المشهودِ عليه، فَبَقِيَ الباقي علىٰ ما كانَ. كذا في «**كفايةِ البَيْهَقِيِّ**».

قولُه: (**وَمَنْ جُرِحَ فِي قَبِيلَةٍ، فَنُقِلَ إِلَىٰ أَهْلِهِ فَمَاتَ مِنْ تِلْكَ الْجِرَاحَةِ، فَإِنْ كَانَ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّىٰ مَاتَ؛ فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَىٰ الْقَبِيلَةِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.**

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا ضَمَانَ فِيهِ وَلَا قَسَامَةَ)[1]، وهذه المسائلُ المذكورةُ مِنْ هنا إلىٰ كتابِ المَعاقِلِ ليسَتْ بمذكورةٍ في «**البدايةِ**»، وإنَّما ذُكِرَتْ في «**الهدايةِ**» تفريعًا وتكثيرًا للفوائدِ.

وقالَ الكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ **في** «**مختصرِه**»: «قالَ أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ في «**الإملاءِ**»: قالَ أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ في الرَّجلِ يُجْرَحُ في القَبيلةِ، فيتَحامَلُ إلىٰ أهْلِه، فيَموتُ مِنْ تلك الجِراحةِ، إنْ كانَ صاحبَ فِراشٍ حتَّىٰ ماتَ؛ فعلىٰ عاقِلَةِ القبيلةِ: القَسامةُ والدِّيَةُ، وإنْ لَمْ [٣/٤٨٣ظ] يَكُنْ صاحبَ فِراشٍ؛ فلَا ضمانَ فيه، ولَا قَسامةَ.

وقالَ ابنُ أبي لَيْلَىٰ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا ضمانَ فيه، ولَا قَسامَةَ، وإنْ كانَ صاحبَ فِراشٍ، وهوَ قولُ أبي يُوسُفَ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

---

(١) ينظر: «الاختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» [ص/١٤٥]، «الأصل» [٤/٤٣٢]، «المبسوط» [٢٦/١١٨، ١١٩]، «بدائع الصنائع» [٦/٣٥٦]، «تبيين الحقائق» [٦/١٧٦]، «العناية» [١٠/٣٩١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٦/ داماد].

وَلَهُ أَنَّ الْجُرْحَ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْمَوْتُ صَارَ قَتْلًا وَلِهَذَا وَجَبَ الْقِصَاصُ، فَإِنْ كَانَ صَاحِبَ فِرَاشٍ أُضِيفَ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ الْمَوْتُ مِنْ غَيْرِ الْجُرْحِ فَلَا يَلْزَمُ بِالشَّكِّ.

غاية البيان

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِيجَابيُّ رحمه الله **في «شرحِ الكافي»**: «وإذا جُرِحَ الرَّجلُ في قبيلةٍ، أَوْ أصابَه حَجَرٌ، لَا يُدْرَىٰ مَنْ رَماه، فَلَمْ يَزَلْ صاحبَ فِراشٍ حتَّىٰ ماتَ؛ فعلىٰ أولئكَ القَسامةُ والدِّيةُ، وإنْ كانَ صحيحًا يَجِيء ويَذهبُ؛ فلَا شيءَ فيه.

وقالَ [٨/٢٣٨ظ/م] **ابنُ أبي لَيْلَىٰ** رحمه الله: لَا شيءَ عليهم فيه، وإنْ لَمْ يَزَلْ مريضًا بعدما احْتُمِل حتَّىٰ ماتَ.

هوَ يَقُولُ: القَسامةُ إنَّما تجْرِي فيمَنْ وُجِدَ قتيلًا، وهذا وُجِدَ جريحًا، وهذه النُّكتةُ تُشِيرُ إلىٰ أنَّه إذا أُدْرِك حيًّا احْتُمِل أوْ لَمْ يُحْتَمَلْ؛ لَا تَجْرِي فيه القَسامةُ عندَه، ولأنَّ القَسامةَ إنَّما تَجْرِي في قتيلٍ في هذا الموضعِ، ومَن نُقِلَ إلىٰ موضعٍ آخرَ، فهذا قتيلٌ مِنْ وجهٍ في هذا الموضعِ، ومِن وجهٍ في موضعٍ آخرَ؛ لأنَّ الأثرَ وُجِدَ في موضعٍ آخرَ، أو يَقُولُ: إنَّ في القبيلةِ لَمْ يُوجَدْ إلَّا ما دونَ النَّفسِ، وذلكَ لَا يَلْزَمُ العاقِلَةَ كقَطْعِ العضوِ.

ونحنُ نَقُولُ: هذا قتيلٌ وُجِدَ في محلَّة لَا يُدْرَىٰ قاتلُه، والحُكْمُ في قتيلٍ صفتُه هذا هذا.

قولُه: «هذا جَريحٌ وليسَ بقتيلٍ» ليسَ كذلكَ؛ لأنَّه إذا ماتَ عَقِيبَ هذا السَّببِ الظَّاهرِ؛ أُضِيفَ إليه الموتُ، فصارَ قتيلًا، ألَا تَرَىٰ أنَّه لوْ كانَ الرَّامي معلومًا يَترتَّبُ عليه أحكامُ القتيلِ، ويَجبُ القتلُ لو عُرِفَ الجاني، فكذا إذا لَمْ يُعْلَمْ.

قولُه: «قتيلٌ في موضعٍ آخر إذا ماتَ في موضعٍ آخرَ».

وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا مَعَهُ جَرِيحٌ بِهِ رَمَقٌ، حَمَلَهُ إِنْسَانٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ، فَمَكَثَ يَوْمًا، أَوْ يَوْمَيْنِ، ثُمَّ مَاتَ؛ لَمْ يَضْمَنِ الَّذِي حَمَلَهُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ يَدَهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَحَلَّةِ فَوُجُودُهُ جَرِيحًا فِي يَدِهِ كَوُجُودِهِ فِيهَا، وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَيْ الْقَوْلَيْنِ فِيمَا قَبْلَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْقَبِيلَةِ.

غاية البيان

قلْنا: ليسَ كذلكَ؛ لأنَّ [فِعْل][1] القتلِ وُجِدَ في هذا الموضعِ، والأثرُ مضافٌ إليه، فيُسَمَّىٰ قتْلًا في هذا الموضعِ ضرورةً، ولهذا لو حَلَفَ لَا يَقْتُل فلانًا في المسجدِ، فجَرَحَه في المسجدِ، وماتَ في غيرِ المسجدِ؛ يَحْنَثُ في يمينِه.

فأمَّا إذا كانَ صحيحًا يَذْهَبُ ويَجِيءُ ثمَّ ماتَ؛ فلَا شيءَ فيه؛ لأنَّه لَا يُعْلَمُ أنَّه ماتَ بهذا السَّببِ، أمَّا إذا عُرِفَ أنَّه ماتَ بسببِ الرَّمْيِ والجَرحِ؛ تَجْرِي فيه القَسَامةُ.

ألَا تَرَىٰ أنَّا اعتبَرْناه قتْلًا في حقِّ وجوبِ القِصاصِ، وقيلَ: لَا يَجْرِي في الوجهَيْنِ؛ لأنَّه حُكْمٌ ثبتَ بِخلافِ القياسِ فيما إذا لَمْ يَمتدَّ العَهدُ.

أمَّا إذا امتدَّ: فالظَّاهرُ أنَّه يَزُولُ الاشتباهُ، والشَّرعُ إنَّما جاءَ به في [موضعِ][1] الاشتباهِ». كذا ذكَرَ في «شرحِ الكافي».

قولُه: (وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا [مَعَهُ جَرِيحٌ][2] بِهِ رَمَقٌ، حَمَلَهُ إِنْسَانٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ، فَمَكَثَ يَوْمًا، أَوْ يَوْمَيْنِ، ثُمَّ مَاتَ؛ لَمْ يَضْمَنِ الَّذِي حَمَلَهُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ ﷺ، وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ يَضْمَنُ).

وقالَ الْكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «لوْ أنَّ رَجُلًا معه جريحٌ به رَمَقٌ، فحمَلَه حتَّىٰ أتىٰ به أهْلَه، فمكَثَ يومًا، أو يوميْنِ، ثمَّ ماتَ؛ لَمْ يَضْمَنِ الَّذي حَمَلَه في قولِ أبي يُوسُفَ، وقياسِ قولِ ابنِ أبي لَيْلَىٰ ﷺ، وفي قياسِ قولِ [٨/٢٣٩و/م]

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».

(٢) في «الأصل»: «جرح». والمثبت من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».

وَلَوْ وُجِدَ الرَّجُلُ قَتِيلًا فِي دَارِ نَفْسِهِ، فَدِيَتُهُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ لِوَرَثَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَزُفَرُ لَا شَيْءَ فِيهِ؛ لِأَنَّ الدَّارَ فِي يَدِهِ حِينَ وُجِدَ الْجَرِيحُ فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ فَيَكُونُ هَدَرًا.

غاية البيان

أبي حَنِيفَةَ ﵀: يَكُونُ ضامنًا»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ ﵀.

والرَّمَقُ: بقيَّةُ الرُّوحِ [٣/٤٨٤و] وهذا بناءٌ علىٰ ما تقدَّمَ في المسألةِ الأُولىٰ؛ لأنَّ وُجودَ الجَريحِ في يدِه كوجودِه في المحلَّةِ؛ لأنَّه ثبَتَ يدُه عليه، فإذا وُجِدَ جريحًا في المحلَّةِ فتَحامَلَ إلىٰ أهْلِه فماتَ؛ تَجِبُ القَسامةُ والدِّيةُ علىٰ عاقِلَةِ أهلِ المحلَّةِ، فكذا هنا تَجِبُ القَسامةُ علىٰ الحاملِ والدِّيةُ علىٰ عاقِلَتِه، فكأنَّه حَمَلَهُ مقتولًا.

وعندَ أبي يُوسُفَ ﵀: لَا شيءَ في الجَريحِ في المحلَّةِ إذا نُقِلَ إلىٰ أهلِه فماتَ؛ لأنَّ الموجودَ في المحلَّةِ جَرْحٌ لَا قَتْلٌ، والقَسامةُ في القتيلِ[2] لَا في الجريحِ[3]، فكذا هنا الموجودُ في يَدِ الحاملِ جريحٌ لَا قتيلٌ، فلَا شيءَ فيه عندَ أبي يُوسُفَ؛ لأنَّ ما وُجِدَ في يدِه جنايةٌ فيما دونَ النَّفسِ، وهذا معنىٰ قولِه: (وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَيِ الْقَوْلَيْنِ)، أي: قولِ أبي حَنِيفَةَ وقولِ أبي يُوسُفَ ﵄.

قوله: (وَلَوْ وُجِدَ الرَّجُلُ قَتِيلًا فِي دَارِ نَفْسِهِ، فَدِيَتُهُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ لِوَرَثَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَزُفَرُ ﵏: لَا شَيْءَ فِيهِ)[4].

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٦/ داماد].

(٢) في «الأصل»: «القتل». والمثبت من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».

(٣) في «الأصل»: «الجرح». والمثبت من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».

(٤) ينظر: «الأصل» [٤/٤٢٩، ٤٣٠]، «مختصر الطحاوي» [ص/ ٢٤٧]، «المبسوط» [٢٦/١١٣، ١١٤]، «بدائع الصنائع» [٦/٣٦٤]، «تبيين الحقائق» [٦/١٧٥]، «نتائج الأفكار» [١٠/٣٩١]،=

وَلَهُ أَنَّ الْقَسَامَةَ إِنَّمَا تَجِبُ بِنَاءً عَلَىٰ ظُهُورِ الْقَتْلِ، وَلِهَذَا لَا يَدْخُلُ فِي

قال **القُدُورِيُّ في كتابِه المُسمَّىٰ بـ«التَّقريبِ»**: «قالَ أبو حَنِيفَةَ ﵀: إذا وُجِد الرَّجلُ قتيلًا في دارِ نفسِه؛ فَدِيَتُه علىٰ عاقِلَتِه.

وكانَ **أبو بكرٍ** ﵀ **يَقُولُ**: إن كانَ عاقِلَةُ المقتولِ عاقِلَةُ ورثتِه؛ فالجوابُ علىٰ ما ذكرَ، وإنِ اختلَف عَوَاقلُهم؛ فعَلىٰ عاقِلَةِ ورثتِه.

وقالَ **أبو يُوسُفَ ومُحَمَّدٌ وزُفَرُ** ﵏: دمُه هَدَرٌ، ورَوَىٰ أبو يُوسُفَ عنْ أبي حَنِيفَةَ نحوَه». إلىٰ هنا لفظُ كتابِ «**التَّقريبِ**».

ووجهُ **قولِهم**: أنَّ ربَّ الدَّار بحُكْم التَّقصيرِ يُنْزَلُ قاتلًا؛ لأنَّه هوَ المُخاطبُ بصيانةِ دارِ نَفسِه بحُكْمِ المالِكيَّةِ، فلوْ وُجِدَ غيرُه قتيلًا في دارِه يُنْزَلُ قاتلًا له تقديرًا، فيَلْزَمُه حُكْمُ القتلِ، وإذا وُجِدَ نفسُه قتيلًا يُنْزَلُ قاتلًا نفسَه تقديرًا، ولوْ قتَلَ نفْسَه حقيقةً يُهْدَرُ دمُه، فكذا إذا صارَ قاتلًا نفسَه تقديرًا.

ولأبي حَنِيفَةَ ﵀: أنَّ حُكْمَ الصِّيانةِ يَلْزَمُه وعَشِيرتَه، ولهذا تَجِبُ الدِّيَةُ عليهم غيرَ أنَّه يَخْتَصُّ بحُكْم القَسَامةِ لعِلْمه بحالِ القتيلِ، وليسَ هاهنا مَنْ يَعْلَمُ بحالِ القتيلِ، فلَا يَلْزَمُ حُكْمُ القَسَامةِ، ولكنْ تَلْزَمُ الدِّيَةُ؛ لأنَّهم شركاؤُه في تحَمُّلِ الدِّيَةِ [٨/٢٣٩ظ/م]؛ لكونِ الصِّيانةِ عليهم، فلمَّا وُجِدَ قتيلًا في دارِ نفسِه إنْ تعذَّر إيجابُ الدِّيَة عليه؛ لَمْ يَتَعَذَّرْ علىٰ عاقِلَتِه.

ألا تَرَىٰ أنَّ عِلَّةَ وجوبِ الدِّيَةِ وجودُ القتيلِ في الدَّارِ، وفي حقِّ هذا وجودُه قتيلًا، ووجودُ غيرِه قتيلًا سواءٌ، وعندَ ذلكَ يُوصَفُ مَن لَزِمَه صيانةُ الدَّارِ عنْ مثلِ هذا قاتلًا تقديرًا، فلزِمَه حُكْمُه. كذا في «**شرحِ الكافي**».

وَلَمْ يَذْكُرِ القَسَامةَ علىٰ العاقِلَةِ في «**الأصلِ**» و«**مختصرِ الكافي**» ومُخْتَصَرَي

= «الفتاوىٰ الهندية» [٦/ ٩٧].

الدِّيَةِ مَنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ، وَحَالَ ظُهُورِ الْقَتْلِ الدَّارُ لِلْوَرَثَةِ فَتَجِبُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِمْ،

غاية البيان

الطَّحاويُّ والْكَرْخِيُّ علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵀، بَل ذَكَرُوا الدِّيَةَ على العاقِلَةِ فَحَسْبُ، وكذلكَ [٣/١٨٤د] ذكَرَ القُدُوريُّ ﵀ في «التَّقريبِ»، وقدْ ذكَرَ في «المختلِفِ»[1]، و«الحَصْرِ»[2] اختلافَ المشايخِ في وجوبِ القَسامةِ علىٰ قولِه.

قولُه: (قَبلَ ذَلِكَ)، أي: قبلَ ظهورِ القتلِ.

قولُه: (فَتَجِبُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِمْ)، أي: تَجِبُ الدِّيَةُ علىٰ عاقِلَةِ الورثةِ للورثةِ، وهذا إذا اختلفَ العَواقلُ، أمَّا إذا اتَّحدَتْ عاقِلةُ المقتولِ مع عاقلةِ الورثةِ؛ فحينئذٍ تَجِبُ الدِّيَةُ علىٰ عاقِلةِ المقتولِ للورثةِ، فيُحمَلُ ما ذكَرَه أوَّلًا في المتنِ بقولِه: (فَدِيَتُهُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ لِوَرَثَتِهِ)، علىٰ ما إذا اتَّحدَ العَواقلُ، والاتِّحادُ هوَ الغالبُ.

فَإِنْ قُلْتَ: كيف يَسْتَقِيمُ أنْ تعْقِلَ عاقلةُ الورثةِ للورثةِ، وليسَ بمعقولٍ أنْ يعْقلوا عنْ أنفسِهم لأنفسِهم؟

قُلْتُ: العاقِلَةُ أعمُّ مِنْ أنْ تَكونَ ورثةً أوْ غيرَ ورثةٍ، فما وَجَبَ علىٰ غيرِ الورثةِ مِنَ العاقِلَةِ يَجِبُ للورثةِ منهم، وهذا لأنَّ عاقلةَ الرَّجلِ أهْلُ ديوانِه عندَنا، وعندَ الشَّافِعيِّ ﵀ هم أقرباؤُه[3].

---

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٤/١٨٦١].

(٢) مضىٰ أن الأقرب أن المؤلف يقصد بـ: «الحَصْر» هنا: كتابَ «حَصْر المسائل». للإمام أبي الليث نصر بن محمد السمرقندي الفقيه. وهناك أيضًا: «حَصْرُ المسائل وقَصْرُ الدلائل/شرح منظومة الخلاف للنسفي» لعلاء الدين محمد بن عبد الحميد السمرقنديّ. ومثله لنَجْم الدِّين عُمَر بن محمد بن أحمد النسَفيّ.

تنبيه: كتاب علاء الدين السمرقنديّ هو نفْسُه كتابه الآخر: «مختلف الرواية»، غير أن المؤلف أعاد ترتيبَ الكتب والأبواب على ترتيب: «منظومة الخلاف» للنسفي.

(٣) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١٢/٣٤٤]. و«البيان» للعمراني [١١/٥٩٥].

بِخِلَافِ الْمُكَاتَبِ إِذَا وُجِدَ قَتِيلًا فِي دَارِ نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ حَالَ ظُهُورِ قَتْلِهِ بَقِيَتْ الدَّارُ عَلَىٰ حُكْمِ مِلْكِهِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ فَيُهْدَرُ دَمُهُ.

غاية البيان

قولُه: (بِخِلَافِ الْمُكَاتَبِ إِذَا وُجِدَ قَتِيلًا فِي دَارِ نَفْسِهِ)، يَعْنِي: لَا تَجِبُ دِيَةُ المُكاتَبِ أصلًا، بَلْ يُهْدَرُ دمُه؛ لأنَّ حالَ ظهورِ قَتْلِه كانَتِ الدَّارُ علىٰ مِلْكِه؛ لأنَّ الكتابةَ لَا تَنْفَسِخُ إذا ماتَ وله مالٌ، بَل يُقْضَىٰ ما عليه منه، فإذا كانَتِ الدَّارُ له حينَ ظهورِ القتلِ؛ جُعِلَ قاتلًا نفسَه تقديرًا لقيامِ مِلْكِه، والحُرُّ حالَ ظهورِ قَتْلِه انتقَلَ منه مِلْكُه إلىٰ ورثتِه، فَلَمْ يُجْعَلْ قاتلًا نفسَه تقديرًا لزوالِ مِلْكِه.

وقالَ الْكَرْخِيُّ ﵀ في «مختصرِه»: «وإذا وُجِدَ في دارِ المُكاتَبِ قتيلٌ؛ فهوَ عليه يسعىٰ في الأقلِّ مِن قيمتِه ومِنَ الدِّيَةِ، وكذلكَ لو وُجِدَ مولاه في دارِ المُكاتَبِ قتيلًا؛ كانَ [٨/٢٤٠و/م] عليه الأقلُّ مِن ديتِه والقيمةُ». إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ ﵀. وذلكَ لأنَّه بمنزلةِ المباشرِ، ويَلْزَمُه القيمةُ بالمنعِ منَ الدَّفعِ، فَتَجِبُ القيمةُ حالَّةً كما إذا امتنَعَ المولىٰ مِنَ الدَّفعِ، فتَجِبُ عليه حالَّةً».

وقالَ الْكَرْخِيُّ ﵀ أيضًا: «ولوْ وُجِدَ المُكاتَبُ قتيلًا في دارِ مولاه؛ فعلىٰ مولاه قيمتُه في مالِه في ثلاثِ سنينَ، ولَا تَحمِلُه العاقِلَةُ»[١]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ ﵀ أيضًا.

وقالَ القُدُورِيُّ ﵀ في كتابِ «التَّقريبِ»: «قالَ أبو يُوسُفَ ﵀: إذا وُجِدَ المُكاتَبُ قتيلًا في دارِ سيِّدِه؛ فعلىٰ السَّيِّدِ القيمةُ في مالِه، وإنْ لَمْ يَتْرُكْ وفاءً، ولَا دَيْنَ عليه؛ فهوَ هَدَرٌ، وإنْ كانَ عليه دَيْنٌ وَلَمْ يَدَعْ وفاءً؛ فعلىٰ السَّيِّدِ الأقلُّ منَ القيمةِ، والدَّيْنُ لغرمائِه».

وقالَ زُفَرُ ﵀: دِيتُه هَدَرٌ، تَرَكَ وفاءً أَوْ لَمْ يَتْرُكْ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٧/ داماد].

. . . .

لأبي يُوسُفَ ﷺ: أنَّ وجودَ القتيلِ في الدَّارِ كمُباشرةِ صاحبِها القتلَ، فكانَ المولىٰ قتَلَه، فيَلْزَمُه الضَّمانُ إذا كانَ له وفاءٌ، وإنْ كانَ عليه دَيْنٌ وَلَمْ يَتْرُكْ وفاءً؛ ضَمِنَ الأقلَّ للغرماءِ، كما لو بَاشَرَ قَتْلَه.

لِزُفَرَ ﷺ: أنَّ المُكاتبَ عَبْدٌ قَبْلَ الأداءِ، والعبدُ إذا وُجِدَ قتيلًا في دارِ سيِّدِه؛ فهوَ هَدَرٌ.

وقالَ الْكَرْخِيُّ ﷺ **في «مختصرِه»**: «وإذا وُجِدَ في دارِ عَبْدٍ مأذونٍ له في التِّجارةِ وعليه دَيْنٌ، أوْ لا دَيْنَ عليه، أو غيرِ مأذونٍ له، وُجِدَ في دارِه قتيلٌ؛ فعلىٰ عاقِلَةِ مولاه القَسَامةُ [٤٨٥/٣و] والدِّيةُ، ولو وُجِدَ المأذونُ له في دارِ مولاه قتيلًا، فإنْ كانَ عليه دَيْنٌ فإنَّ علىٰ المولىٰ قيمتُه لغرمائِه في مالِه حالًّا، وهذا بمنزلةِ استهلاكِه إياه بِعِتْقٍ، ولَا يَكُونُ القيمةُ عليه في ثلاثِ سنينَ؛ لأنَّه استهلَكَه، وقدْ كانَ يُباعُ في دَيْنِهم.

وكذلكَ لوْ قتلَه عمدًا فعليه قيمتُه حالًّا، وكذلكَ لوْ كانَ العبدُ جنَىٰ جنايةً، ثُمَّ وُجِدَ قتيلًا في دارِ مولاه؛ فعلىٰ المولىٰ قيمتُه حالًّا، وكذلكَ لوْ قتَلَه المولىٰ خطأً، وهوَ لَا يَعْلَمُ بالجنايةِ، فإذا كانَ يَعْلَمُ فعليه الدِّيةُ.

قالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: إذا وُجِدَ أبو الرَّجلِ، أوْ أخوه قتيلًا في دارِه؛ فإنَّ عاقِلَتَه تعْقِلُ دِيةَ أبيه ودِيةَ أخيه، وإنْ كانَ هوَ وارثَه؛ لأنَّ [٢٤٠/٨ظ/م] الدِّيةَ لَمْ تَجِبْ له، وإنَّما وَجبَتْ لغيرِه.

وقالَ بِشْرٌ: عنْ أبي يُوسُفَ ﷺ: في العبدِ الرَّهنِ، وُجِدَ في دارِ الرَّاهنِ، أوِ المُرتهنِ قتيلًا؛ فالدِّيةُ علىٰ ربِّ الدَّارِ دونَ العاقِلَةِ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ ﷺ.

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِيجَابيُّ ﷺ **في «شرحِ الكافي»**: «وإذا

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٧/ داماد].

وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ كَانَا فِي بَيْتٍ، وَلَيْسَ مَعَهُمَا ثَالِثٌ، وُجِدَ أَحَدُهُمَا مَذْبُوحًا، قَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَضْمَنُ الْآخَرُ الدِّيَةَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ[١]. وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَتَلَهُ الْآخَرُ فَلَا يَضْمَنُهُ بِالشَّكِّ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَقْتُلُ نَفْسَهُ فَكَانَ التَّوَهُّمُ سَاقِطًا كَمَا إِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مَحَلَّةٍ.

غاية البيان

وُجِدَ العبدُ، أو المُكاتَبُ، أو المُدَبَّرُ، أو أمُّ الولدِ قتيلًا في محلَّةٍ؛ وجبَتِ القَسَامةُ والقيمةُ في ثلاثِ سنينَ؛ لأنَّه آدميٌّ مُحترمٌ، فوجبَتِ القَسَامةُ فيه كما في الأحرارِ، وقدْ قيلَ: هذا على قولِ أبي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ ﷺ، وعندَ أبي يُوسُفَ ﷺ: مضمونٌ من حيثُ إنَّه مالٌ، فلَا يستَحقُّ مِنَ التَّعظيمِ ما يسْتَحقُّه الأحرارُ، بَل يَكُونُ حُكْمُه حُكْمَ البهائمِ.

والصَّحيحُ: أنَّ هذا قولُ الكلِّ؛ لأنَّه لَا شُبهةَ في احترامِه منْ حيثُ إنَّه آدميٌّ، ولهذا وَجَبَ بقتلِه القِصاصِ.

وأمَّا الدَّوابُّ والبهائم والعُرُوض: فلَا قَسَامَةَ فيها؛ لأنَّ الأموالَ ليسَتْ بمِثْلِ النُّفوسِ في الحُرمةِ». وإنَّما كَتَبْتُ هذه المسائلَ تكثيرًا للفوائدِ، واللهُ أعلمُ.

قولُه: (وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ كَانَا فِي بَيْتٍ، وَلَيْسَ مَعَهُمَا ثَالِثٌ، وُجِدَ أَحَدُهُمَا مَذْبُوحًا، قَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: يَضْمَنُ الْآخَرُ الدِّيَةَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: لَا يَضْمَنُ)، أي: لَا يَضْمَنُ المذبوحَ؛ لأنَّ القتلَ مُحْتملٌ وقوعُه منه، ومِنْ صاحبِه، فلَا يَلْزَمُ الضَّمانُ صاحبَه بالشَّكِّ.

ولأبي يُوسُفَ: أنَّ الإنسانَ العاقلَ لَا يَقْصِدُ إزهاقَ رُوحِه عادةً، ووقوعُ القتلِ مِنْ نفسِه وَهْمٌ لَا يُلْتَفَتُ إليه، ألَا تَرَىٰ أنَّ مثلَ هذا الوهمِ يَكُونُ في القتيلِ الموجودِ في المحلَّةِ أيضًا، ومع هذا لَا يُلْتَفَتُ إليه.

(١) زاد بعده في (ط): «فكان التوهم».

وَلَوْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي قَرْيَةٍ لِامْرَأَةٍ [٢٧٩/و]؛ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ: عَلَيْهَا الْقَسَامَةُ، يُكَرَّرُ عَلَيْهَا الْأَيْمَانُ، وَالدِّيَةُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهَا أَقْرَبِ الْقَبَائِلِ إِلَيْهَا فِي النَّسَبِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الْقَسَامَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْقَسَامَةَ إِنَّمَا تَجِبُ عَلَىٰ مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ النُّصْرَةِ وَالْمَرْأَةُ لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِهَا فَأَشْبَهَتْ الصَّبِيَّ.

غاية البيان

قولُه: (وَلَوْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي قَرْيَةٍ لِامْرَأَةٍ؛ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمهما الله: عَلَيْهَا[1] الْقَسَامَةُ، يُكَرَّرُ عَلَيْهَا الْأَيْمَانُ، وَالدِّيَةُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهَا أَقْرَبِ الْقَبَائِلِ إِلَيْهَا فِي النَّسَبِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: الْقَسَامَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ أَيْضًا).

وقالَ الْكَرْخِيُّ في «مختصره» رحمه الله: «قال عَمْرو: سألتُ مُحَمَّدًا رحمه الله: عنِ القتيلِ يُوجَدُ في قريةِ امرأةٍ لا يَكُونُ فيها غيرُها. قالَ أبو حَنِيفَةَ رحمه الله: [٣/٤٨٦ظ] تُسْتَحْلَفُ، ويُرَدَّدُ عليها الأَيْمانُ، وعلىٰ عاقِلَتِها الدِّيَةُ أقربِ القبائلِ إليها، وهوَ قولُ مُحَمَّدٍ رحمه الله. وقالَ [٨/٢٤١و/م] أبو يُوسُفَ رحمه الله: يُنْظَرُ إلىٰ أقربِ القبائلِ إليها، فتَكُونُ القَسَامةُ عليهم، ولَا قَسَامةَ علىٰ المرأةِ. قُلْتُ لمُحَمَّدٍ رحمه الله: أقربُ القبائلِ في النَّسبِ، أو الجوَارِ؟ قالَ: في النَّسَبِ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله.

وجهُ قولِ أبي يُوسُفَ رحمه الله: أنَّ القَسامةَ إنَّما تَجِبُ علىٰ مَن يُخاطبُ بالصِّيانةِ عندَ النِّسبةِ إلىٰ التَّقصيرِ، والمرأةُ ليسَتْ مِنْ أهلِ الصِّيانَةِ، فأشبَه الصَّبِيَّ.

وإنَّما قلْنا: إنَّهما ليسا مِنْ أهلِ ذلكَ لِضَعْفِ بِنْيَتِهما، ولهذا لَا يَلْزَمُهما القَسَامةُ فيما يُوجَدُ في المحلَّةِ.

ولهما: أنَّ الاستحلافَ لتُهمةِ القتلِ، وهيَ متحقِّقةٌ في حقِّ المرأةِ، لَا في حقِّ العاقِلَةِ؛ لأنَّهم لَمْ يَكُونُوا في القريةِ، فيَلْزَمهُما القَسَامة.

---

(١) في «الأصل»: «عليه». والمثبت من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٧/ داماد].

وَلَهُمَا أَنَّ الْقَسَامَةَ لِنَفْيِ التُّهْمَةِ وَتُهْمَةُ الْقَتْلِ مِنَ الْمَرْأَةِ مُتَحَقِّقَةٌ. قَالَ الْمُتَأَخِّرُونَ: إِنَّ الْمَرْأَةَ تَدْخُلُ مَعَ الْعَاقِلَةِ فِي التَّحَمُّلِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ لِأَنَّا أَنْزَلْنَاهَا قَاتِلَةً وَالْقَاتِلُ يُشَارِكُ الْعَاقِلَةَ.

وَلَوْ وُجِدَ رَجُلٌ قَتِيلًا فِي أَرْضِ رَجُلٍ إِلَىٰ جَانِبِ قَرْيَةٍ لَيْسَ صَاحِبُ الْأَرْضِ مِنْ أَهْلِهَا، قَالَ: هُوَ عَلَىٰ صَاحِبِ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِنُصْرَةِ أَرْضِهِ مِنْ أَهْلِ الْقَرْيَةِ، والله أعلم.

غاية البيان

قالَ مشايخُنا المتأخِّرونَ ﷺ: إنَّ المرأةَ في هذه المسألةِ تُشارِكُ العاقِلَةَ في تحمُّلِ العقْلِ؛ لأنَّها أُنزِلَتْ قاتلةً تقديرًا، فلمَّا دَخلَتْ في القَسامةِ؛ دَخلَتْ في العقلِ أيضًا، بِخلافِ غيرِها مِنَ الصُّورِ، حيثُ لَا تَدْخُلُ هيَ في القَسامةِ، بَل تَجِبُ علىٰ الرِّجالِ، فلَا تَدْخُلُ في العقلِ أيضًا.

وذكَرَ الطَّحَاوِيُّ ﷺ: قولَ أبي حَنِيفَةَ مع [قولِ][1] مُحَمَّدٍ ﷺ في هذه المسألةِ في «مختصرِه»[2]، وكذلكَ ذكَرَ الْكَرْخِيُّ أيضًا، وَلَمْ يَذْكُرْ في «الأصلِ» قولَ أبي حَنِيفَةَ أصلًا، بَل ذكَرَ الخلافَ بينَ أبي يُوسُفَ ومُحَمَّدٍ ﷺ.

قولُه: (وَلَوْ وُجِدَ رَجُلٌ قَتِيلًا فِي أَرْضِ رَجُلٍ إِلَىٰ جَانِبِ قَرْيَةٍ لَيْسَ صَاحِبُ الْأَرْضِ مِنْ أَهْلِهَا، قَالَ: هُوَ عَلَىٰ صَاحِبِ الْأَرْضِ).

وقدْ ذكَرَ الْكَرْخِيُّ ﷺ هذه المسألةَ في «مختصرِه» هكذا، وذلكَ لأنَّ الحِفظَ والتَّدبيرَ في الأرضِ إلىٰ صاحبِ الأرضِ لَا إلىٰ أهلِ القريةِ، فيَجِبُ عليه نُصْرةُ الأرضِ عنْ وقوعِ فسادِ القتلِ، فإذا وقَعَ القتلُ يُنْسَبُ ذلكَ إلىٰ تقصيرِه في الحِفظِ؛ فيُنْزَلُ قاتلًا تقديرًا، فيَجِبُ [عليه][3] القَسامةُ والدِّيةُ علىٰ عاقِلَتِه[4].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».
(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٢٤٨ - ٢٤٩].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«ر»، و«م»، و«ن»، و«غ».
(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٧/ داماد].

....

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِيجَابيُّ ﵀ في «شرحِ الكافي»: «القريةُ إذا كانَتْ لرَجُلٍ مِنْ أهلِ الذِّمَّةِ؛ فإنَّه تُكَرَّرُ عليه الأَيْمانُ؛ لأنَّه مِنْ أهلِ القَسامةِ والقريةُ في صِيانتِه، فيَكُونُ مُوجبُ التَّقصيرِ عليه وعليه الدِّيَةُ؛ لأنَّه لَا عاقِلَةَ له حتَّىٰ لوْ كانَ له عاقِلَةٌ تَجِبُ عليهم، ولوْ كانَ الذِّمِّيُّ نازلًا في قبيلةٍ منَ القبائلِ، فوُجِدَ فيها قتيلٌ؛ لَمْ يَدْخُلِ الذِّمِّيُّ في القَسامةِ، ولَا في الغُرْمِ؛ لأنَّه تابعٌ [٨/٢٤١ظ/م] لأهلِ القريةِ، وكذلكَ السُّكَّانُ والنَّوازلُ فيها مِن غيرِهم؛ لأنَّهم أتباعٌ».

وقالَ شيخُ الإسلامِ أيضًا ﵀: «ولوْ وُجِدَ القتيلُ في قريةِ اليتامىٰ وهم صِغارٌ، ليسَ في تلكَ البَلدةِ مِن عَشِيرتِهم أحدٌ؛ فالقَسامةُ والدِّيةُ علىٰ عاقِلَةِ اليتامىٰ؛ لأنَّهم ليسوا منْ أهلِ الصِّيانةِ، فيَلْزَمُ ذلكَ عاقِلَتَهم، وعاقِلَتُهم أقربُ القبائلِ [٣/٤٨٦و] إليهم إذا لَمْ يَكُنْ في ذلكَ البلدِ عَشِيرتُهم، وإنْ كانَ فيهم مُدْرِكٌ فعَلَيْه القَسامةُ، ويُكَرَّرُ عليه اليمينُ؛ لأنَّه مِنْ أهلِ ذلكَ، وعلىٰ أقربِ القبائلِ منهم الدِّيَةُ في الوجهيْنِ إذا لَمْ يَكُنْ في تلكَ البلدةِ عَشِيرتُهم». كذا في **«شرحِ الكافي»**.

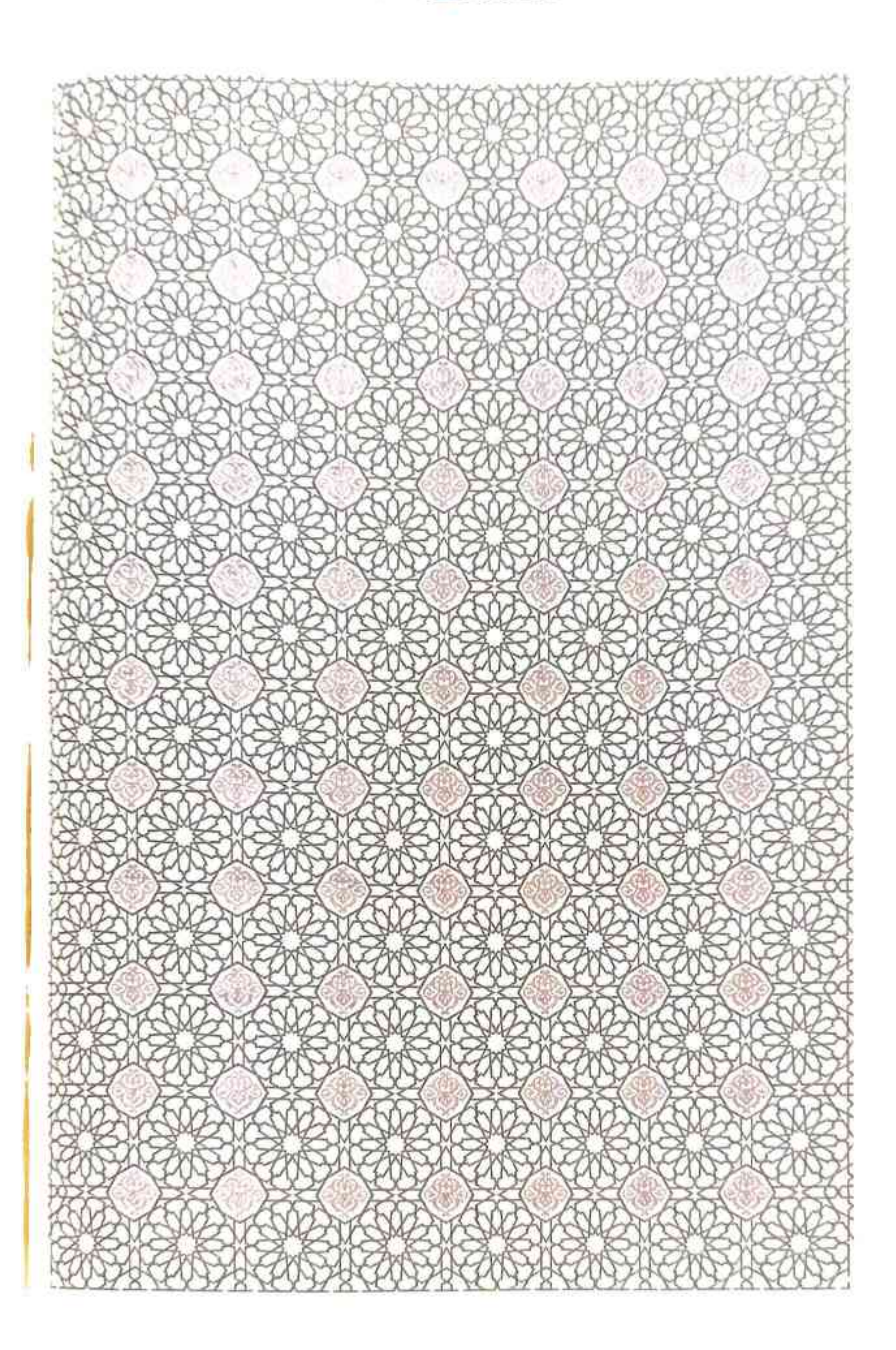
وكتَبْتُ هذه المسائلَ تكثيرًا للفوائدِ.

واللهُ تعالىٰ أعلمُ بالصوابِ، وإليه المَرْجِعُ والمآبُ.

[وهذا آخرُ الدفترِ العشرينَ مِنَ الشَّرحِ الَّذي سَمَّيْناه:
«غَايَةَ الْبَيَانِ فِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ»][1].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن».



كِتَابُ المعَاقِل

قال الْمَعَاقِلُ جَمْعُ مَعْقُلَةٍ، وَهِيَ الدِّيَةُ، وَتُسَمَّى الدِّيَةُ عَقْلًا لِأَنَّهَا تَعْقِلُ الدِّمَاءَ مِنْ أَنْ تُسْفَكَ: أَيْ تُمْسِكُ.

غاية البيان

كِتَابُ المعَاقِل

قالَ المؤلِّفُ ﷺ: لمَّا كانَ مُوجَبُ القتلِ خطأً، وما في مَعْناه الدِّيَةُ على العاقلةِ: شَرَعَ في بيانِ ذلكَ.

والمَعاقلُ: جَمْع مَعْقُلةٍ، بفتحِ الميمِ وضَمِّ القافِ، وهيَ العَقْلُ. أيْ: الدِّيَةُ، وسُمِّيتِ الدِّيَة عَقْلًا ومَعْقُلةً؛ لأنَّ إبِلَ الدِّيَاتِ كانَتْ تُعْقَلُ بفِناءِ وَليِّ المقتولِ، ثُمَّ هذا الاسمُ عمَّ، فسُمِّيَتِ الدِّيةُ: مَعْقُلةً وإنْ كانَتْ دراهمَ أو دنانيرَ.

وقيلَ: إنَّما سُمِّيَتْ بالمَعْقُلةِ؛ لأنّها تَعْقِلُ الدِّماءَ عنْ أنْ تُسْفَكَ.

ومَعاقِلُ الجبالِ: المواضعُ المَنيعةُ فيها، والمَعقِلُ مِنَ الجبلِ: حيثُ يُمْتنَعُ[1] فيه.

ويُقال: عَقَلَ الدَّواءُ بَطْنَه يَعْقُله عَقْلًا: إذا أَمسَكَه، وعَقَلَ الوَعِلُ في الجبلِ: إذا عَلَا فيه وامتَنَعَ، يَعْقِلُ عُقولًا.

وسُمِّيَتْ آلةُ الإدراكِ عَقْلًا لهذا[2] المعنى أيضًا؛ لأنه يَمْنَعُ مِنَ السَّفَهِ والهَوَى، والعاقلةُ الَّذينَ يُقْسَمُ عليهم دِيةُ القتلِ خَطأً، وهمْ أصحابُ الدِّيوانِ، أو[3] العشيرةُ، فيه اختلافٌ يَجِيءُ بعدَ هذا إنْ شاءَ اللهُ تعالى.

---

(١) في الأصل: «يمنع»، والمثبت من: «فا٢»، و«ن»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٢) في الأصل: «ولهذا»، والمثبت من: «فا٢»، و«ن»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٣) في الأصل: «و»، والمثبت من: «فا٢»، و«ن»، و«غ»، و«م»، و«ر».

قَالَ: وَالدِّيَةُ فِي شِبْهِ الْعَمْدِ والْخَطأ، وكُلُّ دِيَةٍ وجبتْ بنفسِ القَتلِ على الْعَاقِلَةِ الَّذِينَ يَعْقِلُونَ يَعْنِي يُؤَدُّونَ الْعَقْلَ وَهُوَ الدِّيَةُ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الدِّيَاتِ.

غاية البيان

ثُمَّ الدِّيَةُ مشروعةٌ بالكِتاب العزيز: نَحْوِ قوله تعالىٰ: ﴿فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢]، وبالسُّنَّةِ نحوِ قولِه ﷺ: «فِي نَفْسِ الْمُؤْمِنِ مِئَةٌ مِنَ الإِبِلِ»[١]، وبإجماعِ الأُمَّةِ؛ لأنه انعقَدَ إجماعُهم على ذلكَ، ولَا مُنْكِرَ لمَشْروعيتِه أصلًا.

ووُجوبُها علىٰ العاقلةِ بحديثِ حَمَلِ بنِ مالكٍ، وهوَ ما رَوَىٰ صاحبُ «السُّنَنِ» وغيره: مُسْنَدًا إلىٰ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه قَالَ: «اقْتَتَلَتِ امْرَأَتَانِ مِنْ هُذَيْلٍ، فَرَمَتْ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَىٰ بِحَجَرٍ فَقَتَلَتْهَا، فَاخْتَصَمُوا إِلَىٰ رَسُولِ [٨/٢٤٢و/م] اللهِ ﷺ، فَقَضَىٰ رَسُولُ اللهِ ﷺ بدِيَةِ جَنِينِهَا عَبْدًا، أَوْ وَلِيدَةً، وَقَضَىٰ بِدِيَةِ الْمَرْأَةِ عَلَىٰ عَاقِلَتِهَا، وَوَرَّثَهَا وَلَدَهَا وَمَنْ مَعَهُمْ. فَقَالَ حَمَلُ بنُ النَّابغةِ الهُذَلِي رضي الله عنه: يَا رَسُولَ اللهِ، كَيْفَ أَغْرَمُ مَنْ لَا أَكَلَ، وَلَا شَرِبَ، وَلَا نَطَقَ، وَلَا اسْتَهَلَّ، فمِثْلُ ذَلِكَ يُطَلُّ[٢]، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «إِنَّمَا هَذَا مِنْ إِخْوَانِ الكُهَّانِ». مِنْ أَجْلِ سَجْعِهِ الَّذِي سَجَعَ»[٣].

قولُه: (قَالَ: وَالدِّيَةُ فِي شِبْهِ الْعَمْدِ والْخَطأ، وَكُلُّ دِيَةٍ وَجَبَتْ بِنَفْسِ الْقَتْلِ عَلَىٰ الْعَاقِلَةِ)، أَيْ: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[٤].

وقولُه: (وَكُلُّ دِيَةٍ وَجَبَتْ)، مَبتدأٌ، وإنْ كانَ نَكِرةً؛ لأنه تَخَصَّصَ[٥] بصفةٍ، وقولُه: (عَلَىٰ العَاقِلَةِ)، خَبَرُه.

ومعنىٰ قولِه: (وَجَبَتْ بِنَفْسِ الْقَتْلِ)، أَيْ: ابتِدَاءً، وهوَ احترازٌ عَمَّا وَجَبَتِ

---

(١) هذا جزء من حديث عمرو بن حزم رضي الله عنه وقد مضىٰ تخريجه.

(٢) يقال: طُلَّ دمُهُ، وأُطِلَّ؛ إذا أهدَره. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [٣/١٣٦/ مادة: طَلَلَ].

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٩٤].

(٥) في الأصل: «تخصيص»، والمثبت من: «فا٢»، و«م»، و«ر».

وَالْأَصْلُ فِي وُجُوبِهَا عَلَى الْعَاقِلَةِ قَوْلُهُ - ﷺ - فِي حَدِيثِ حمل بْن مَالك لِلْأَوْلِيَاءِ «قُومُوا فَدُوهُ» وَلِأَنَّ النَّفْسَ مُحْتَرَمَةٌ لَا وَجْهَ إِلَى الْإِهْدَارِ وَالْخَاطِئُ

غاية البيان

الديةُ في ثاني الحالِ لَا ابتداءً، كما إذا قَتَلَ الأَبُ ابنَه [٤٨٦/٣ظ]، حيثُ يَكُونُ مُوجَبُ القتلِ القصاصَ ابتداءً، ولكنَّه يُسْقِطُ ذلكَ إلى الدِّيَةِ بشُبْهةِ الأُبُوّةِ، فتَجِبُ الدِّيةُ في مالِ الأبِ لَا على العاقلةِ.

وكذا إذا وَجبَتِ الدِّيةُ صُلْحًا عنِ العَمْدِ؛ يَجِبُ ذلكَ في مالِ القاتلِ حالَّةً إلَّا إذا اشتُرِطَ التَّأجِيلُ، بخِلافِ ما يَجِبُ على الأبِ؛ فإنَّه يَجِبُ في ثلاثِ سنينَ.

وإنَّما وَجبَتْ على العاقلةِ؛ لحديثِ حَمَلِ بنِ مالك بنِ النَّابِغةِ، ولأنَّ الخاطِئَ مَعْذُورٌ؛ لأنَّه لَمْ يَقْصِدِ القَتْلَ، وكذا الَّذي باشَرَ شِبْهَ العمدِ؛ لأنَّ الآلةَ ليسَتْ بموضوعةٍ للقَتْلِ، فكانَ في مَعْنى الخَطَأِ، فلمَّا كانَ كذلكَ لَمْ يُمْكِنْ إيجابُ القِصاصِ.

ولا سبيلَ إلى إِهْدارِ الدَّمِ أيضًا؛ لأنَّه ليسَ في الإسلامِ دَمٌ مُهْدَرٌ[١]، فوَجَبَتِ الدِّيةُ، ولكنِ الدِّيَةُ مالٌ عظيمٌ يَحْصُلُ به الإجْحافُ إذا وَجبَ على القاتلِ خاصَّةً، والخاطئُ يَستَحِقُّ التَّخْفِيفَ؛ لعدمِ قَصْدِه في نَفْسِ الأمرِ، أوْ نَظَرًا إلى الآلةِ كما في شِبْهِ العمدِ، فضُمَّتِ العاقلةُ إلى القاتلِ في أداءِ الدِّيَةِ تَحْقِيقًا للتَّخفِيفِ، وإنَّما خُصَّتِ العاقلةُ بالضَّمِّ دونَ غيرِهم؛ لأنَّ الأصلَ في العاقلةِ معنى التَّناصُرِ، وهم لَمّا تَرَكُوا مُراقبَتَه الواجبةَ[٢] عليهم؛ صارُوا كأنَّهم هُمُ القاتِلونَ تَقْديرًا، فوجبَتْ عليهمُ الدِّيةُ.

قولُه: (حَمَلِ بْنِ مَالِكٍ)، هوَ بالحاءِ المهملةِ والميمِ المفتوحتَيْنِ، حَمَلِ بنِ مالكِ بنِ النابغةِ الهُذَلِي، أَسلَم ثُمَّ رَجَعَ إلى [٢٤٢/٨ظ/م] بلادِ قومِه، ثُمَّ تَحَوَّلَ إلى البصرةِ، وابْتَنى بها بيتًا في هُذَيْلٍ، ثُمَّ صارَتْ [دارُه][٣] بعْدُ لعُمَرَ بنِ مَهْرانَ

(١) في الأصل: «مهدور»، والمثبت من: «فا٢»، و«ن»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) في الأصل: «الواجب»، والمثبت من: «فا٢»، و«ن»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

مَعْذُورٌ، وَكَذَا الَّذِي تَوَلَّىٰ شِبْهَ الْعَمْدِ نَظَرًا إِلَىٰ الْآلَةِ فَلَا وَجْهَ إِلَىٰ إِيجَابِ الْعُقُوبَةِ عَلَيْهِ، وَفِي إِيجَابِ مَالٍ عَظِيمٍ إِجْحَافُهُ وَاسْتِئْصَالُهُ فَيَصِيرُ عُقُوبَةً فَضَمَّ إِلَيْهِ الْعَاقِلَةَ تَحْقِيقًا لِلتَّخْفِيفِ. وَإِنَّمَا خُصُّوا بِالضَّمِّ؛ لأنه إنَّما قَصَّر بِقُوَّةٍ فِيه، وَتِلْكَ بِأَنْصَارِه وَهُمْ الْعَاقِلَةُ فَكَانُوا هُمْ الْمُقَصِّرِينَ فِي تَرْكِهِمْ مُرَاقَبَتِهِ فَخُصُّوا بِهِ.

قَالَ: وَالْعَاقِلَةُ أَهْلُ الدِّيوَانِ، إِنْ كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ يُؤْخَذُ مِنْ أَعْطِيَاتِهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ وَأَهْلُ الدِّيوَانِ أَهْلُ الرَّايَاتِ وَهُمْ الْجَيْشُ الَّذِينَ كُتِبَتْ أَسَامِيهِمْ فِي الدِّيوَانِ وَهَذَا عِنْدَنَا.

الكاتبِ. كذا في كتابِ «الطبقاتِ [الكبير][(١)]»[(٢)].

قولُه: (إِجْحَافُهُ وَاسْتِئْصَالُهُ)، أَيْ: إِجْحافُ الخاطِئِ، يُقالُ: أَجْحَفَ بالشيءِ: إذا ذَهبَ به.

قولُه: (لِأَنَّهُ إنَّما قَصَّر بِقُوَّةٍ فِيهِ، وَتِلْكَ بِأَنْصَارِه)، أيْ: لأنَّ القاتلَ إنَّما قَصَّر حالةَ الرَّمْيِ في التَّثَبُّتِ [والتَّوقُّفِ][(٣)] بقوتِه، وتلكَ القوةُ حاصلةٌ له بأنصارِه.

قولُه: (قَالَ: وَالْعَاقِلَةُ أَهْلُ الدِّيوَانِ، إِنْ كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ يُؤْخَذُ مِنْ أَعْطِيَاتِهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصرِه»[(٤)].

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسبيجابيُّ ﵀ في «شرحِ الكافي»: «وعاقلةُ الرَّجُلِ أهلُ نُصْرتِه، وكانَ عاقلةُ الرَّجُلِ في ابتداءِ الإسلامِ أهلَ عَشِيرتِه، وأهلَ نَسَبِه[(٥)]، فلَمَّا دَوَّنَ عُمَرُ ﵁ الدَّواوِينَ؛ فَرَضَ ذلكَ علىٰ أهلِ الديوانِ، وهُمْ أهلُ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «الطبقات الكبرىٰ» لابن سعد [٣٣/٧].

(٣) ما بين المعقوفتين والمثبت من: «ن»، و«غ»، و«م»، و«فا٢»، و«ر».

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٩٤].

(٥) في الأصل: «نسبته»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الدِّيَةُ عَلَىٰ أَهْلِ الْعَشِيرَةِ لِأَنَّهُ كَانَ كَذَلِكَ عَلَىٰ عَهْدِ رَسُولِ اللهِ - ﷺ - وَلَا نَسْخَ بَعْدَهُ وَلِأَنَّهُ صِلَةٌ وَالْأَوْلَىٰ بِهَا الْأَقَارِبُ. [٢٧٩/ظ]

غاية البيان

الرَّاياتِ، وهمُ الجيشُ الَّذين كُتِبَ أَسامِيهم وأرزاقُهم في الدِّيوانِ، فَمَنْ كانَ مِنْ أهلِ الدِّيوانِ؛ فعَقْلُه عليهم إذا جَنَىٰ، ومَن لَمْ يَكُنْ مِنْ أهلِ ذلكَ: إنْ كانَ مِنْ أهلِ الباديةِ؛ فعَقْلُه على أقربِ القبائلِ إليه نَسَبًا.

وإنْ كانَ مِنْ أهلِ المِصْر: إنْ كانَ له أَقْرباءُ وعَشِيرةٌ؛ يُقضَىٰ عليهم، وإنْ لَمْ يكن؛ اخْتلَفَ المشايخُ فيه.

بعضُهم قالَ: يَجِبُ في مالِه.

وبعضُهم قالَ: يَجِبُ على أهلِ حِرْفَتِه.

وبعضُهم قالَ: على جِيرانِه.

وبعضُم قالَ: يَجِبُ على أهلِ الديوانِ؛ لأنَّه مِن ظَهْرانِيهم.

وقالَ الحاكمُ الشهيدُ رحمه الله **في «الكافي»**: «بَلَغَنا [٣/٤٨٧و] عنْ عُمَرَ بنِ الخَطَّابِ رضي الله عنه: أنه فَرَضَ المَعاقِلَ على أهلِ الدِّيوانِ، وذلكَ؛ لأنَّه أَوَّلُ مَنْ فَرَضَ الدِّيوانَ وجَعَلَ العَقْلَ فيه، وكانَ العَقْلُ قبلَ ذلكَ على عشيرةِ الرَّجُلِ في أموالِهم، وَلَمْ يَكُنْ ذلكَ منه تَغْيِيرًا لحُكْمِ الشَّرعِ، بَل تَقْرِيرًا له؛ لأنَّه عُرِفَ أن عَشِيرتَه كانوا يَتحَمَّلونَ بطريقِ النُّصْرةِ، فلمَّا كانَ التَّناصُرُ بالرَّاياتِ؛ جُعِلَ العَقْلُ عليهم، ولِهذا أوجَبَ على المُقاتِلةِ مِنْ أهلِ الديوانِ، حتَّىٰ لَا يَجِبَ على النِّسوانِ والصِّبْيانِ؛ لأنَّهم لَا يَحْصُلُ بهم التَّناصُرُ.

وعنِ المَعْرور بنِ سُوَيْدٍ قالَ: فَرَضَ [٨/٢٤٣و/م] عُمَرُ بنُ الخطابِ رضي الله عنه الدِّيَةَ تُؤخَذُ في ثلاثِ سنينَ، والنصفُ في سنتَيْنِ، وما دُونَ الثُّلُثِ في سَنَةٍ، وبه نَقولُ، وذلكَ؛ لأنَّه جَعلَ الدِّيَةَ في عَطاياهم الثُّلُثَ، وكانَ يخرُجُ في كلِّ سَنَةٍ عَطاءٌ

. . . .

واحدٌ»[١]. كذا في «شرحِ الكافي».

وقالَ مُحمَّدٌ رحمه الله في كتابِ «الآثارِ»: «عنْ أبي حنيفة رضي الله عنه عنْ حمَّادٍ عنْ إبراهيمَ رضي الله عنه: وما كانَ مِن جِراحات الخَطَأِ؛ فعلى العاقلةِ على أهلِ الديوانِ، إنْ بَلغَتِ الجِراحةُ ثُلُثَي الدِّيَةِ؛ ففي عامَيْنِ، وإنْ كانَ النِّصْفُ ففي عامَيْنِ، وإنْ كانَ الثُّلُثُ ففي عامٍ، وذلكَ كُلُّه على أهلِ الدِّيوانِ. قالَ محمَّدٌ رحمه الله: وبه آخُذُ، وذلكَ في أَعْطِيَةِ المُقاتِلةِ دُونَ أَعْطِيَةِ الذُّرِّيَةِ والنِّساءِ، وهوَ قولُ أبي حنيفةَ رضي الله عنه»[٢]. إلى هنا لفظُ كتابِ «الآثارِ».

وعندَ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه: الدِّيةُ على العَصَباتِ، ولَا يَلْزَمُ أَهْلَ الدِّيوانِ شيءٌ إلَّا أَنْ يَكُونُوا مِنْ أَهْلِ النَّسَبِ[٣].

وقالَ مالكٌ: العاقلةُ همُ العَصَبةُ قَرُبُوا أو بَعُدُوا[٤]، وهوَ مَذْهبُ أَحْمدَ أيضًا رضي الله عنهم[٥]؛ لأنَّه ليسَ بَيْنَ أهلِ الدِّيوانِ والقاتلِ وِلادٌ ولَا تَعْصِيبٌ، فصارُوا كالأجانبِ.

ولنا: أنَّ عُمَرَ رضي الله عنه فَرضَ الدِّيَةِ على أهلِ الدِّيوانِ، وَلَمْ يُنْكِرْ عليه أحدٌ مِنَ المهاجرينَ والأنصارِ، فحَلَّ مَحَلَّ الإجماعِ.

فإنْ قِيلَ: كانَتِ الدِّيةُ في زَمَنِ النَّبيِّ ﷺ وزَمَنِ أبي بكرٍ رضي الله عنه على القَبِيلةِ، وكانَ ذلكَ مِنْ عُمَرَ تَغْيِيرًا له، فلَا يَجُوزُ؟

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٣٨].

(٢) ينظر: «الآثار» لمحمد بن الحسن [٢/٤٩٧/ طبعة: دار النوادر].

(٣) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١٢/٣٤٦]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٧/١٩٤]. و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٨/٥٦٣].

(٤) ينظر: «التفريع» لابن الجلاب [٢/١٩٦]، و«الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٢/١١٠٦].

(٥) ينظر: «مختصر الخرقي» [ص/١٢٧]، و«الكافي في فقه الإمام أحمد» لابن قدامة [٤/٤٠].

. . . .

قُلْنا: لَا نُسَلِّمُ أنَّه تَغْيِيرٌ، بَلْ هوَ تَقْرِيرٌ؛ لأنَّ تَحَمُّلَ الدِّيَةِ كانَ بالتَّناصُرِ بالقبيلةِ، وَلَمْ يَكُنْ في ذلكَ الزَّمانِ دِيوانٌ فلمَّا دُوِّنَ الدَّوَاوِينُ؛ صارَ التَّناصُرُ بالدَّوَاوِينِ، فكانَ الدِّيَةُ على أهلِ الدِّيوانِ لمعنى التَّناصُرِ، وليسَ أهلُ الدِّيوانِ كسائرِ الأَجانِبِ؛ لأنَّ سائرَ الأجانبِ ليسُوا جِهَةً للنُّصْرةِ.

وسَأَلَ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ رحمه الله في هذا المقامِ سُؤالًا، ثُمَّ أجابَ عنه في «شَرْحِه للطَّحاويِّ» رحمه الله، فقالَ:

«**فإنْ قالَ قائلٌ**: المسلمونَ كلُّهم يَدٌ واحدةٌ على مَن سِواهُمْ، وعلى بعضِهم نُصْرةُ بعضٍ إذا احتاجَ إليه، فما مَعْنى قولِكم: إنَّ العَقْلَ على التَّناصُرِ؟

قيلَ له: إن عُمَرَ رضي الله عنه لَمَّا دَوَّنَ الدوَاوِينَ [٣/٤٨٧ظ]؛ جَعلَ أهلَ كُلِّ ديوانٍ يَدًا واحدةً في نُصْرةِ بعضِهم لبعضٍ في [٨/٢٤٣ظ/م] القِتالِ، والغَزْوِ، وحِفْظِ الحريمِ، وسَدِّ الثَّغْرِ ونحوِ ذلكَ مِنَ الأمورِ الَّتي تَدْهَمُهم، فيَحْتَاجُونَ فيها إلى التَّناصُرِ، فكانَ الرَّجُلُ مِنْ أهلِ الديوانِ يَنْصُرُ أهلَ ديوانِه أَخصَّ مِمَّنْ لَا ديوانَ له معه[1]، قَرابةً كانَ، أو غَيْرَ قَرابةٍ.

أَلَا تَرى أَنَّهُم تَميَّزُوا بالدَّواوِينِ، فقِيلَ: تَميمُ الكُوفةِ، وتَمِيمُ البَصْرةِ، وضَبَّةُ الكُوفةِ، وضَبَّةُ البَصْرةِ، فكانَتْ تَمِيمٌ قبيلةً واحدةً في الأصلِ، ثم تَميَّزُوا باختلافِ دَوَاوِينِهم وأَعْطياتِهم، فكانَ أهلُ ديوانِ البَصْرةِ بعضُهم أَوْلى بنُصْرةِ بعضٍ مِنْ غيرِهم، وكذلكَ أهلُ سائرِ الدَّوَاوِينِ»[2].

قالَ في «شرحِ الطَّحاويِّ»: «ثُمَّ الدِّيَةُ في الخطإِ تَتَحَمَّلُها العاقلةُ، والعاقلةُ

---

(١) في الأصل: «مع»، والمثبت من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٥/٤١٣ ـ ٤١٤].

وَلَنَا قَضِيَّةُ عُمَرَ - رضي الله عنه - فَإِنَّهُ لَمَّا دَوَّنَ الدَّوَاوِينَ جَعَلَ الْعَقْلَ عَلَىٰ أَهْلِ الدِّيوَانِ، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنْ الصَّحَابَةِ - رضي الله عنهم - مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ مِنْهُمْ، وَلَيْسَ

غاية البيان

أهلُ الدِّيوانِ إنْ[1] كانَ القاتلُ منْ أهلِ الدِّيوانِ، وتُحْمَلُ في ثلاثِ سنينَ؛ لأنَّ لهم في كلِّ سَنَةٍ عَطاءً، فتُؤْخَذُ في ثلاثِ عَطَايا، وإنْ تَعَجَّلتِ العَطايا الثلاثُ في سَنَةٍ واحدةٍ؛ تُؤْخَذُ في سَنَةٍ واحدةٍ أيضًا، وإنْ تَأَخَّرَ خُروجُ العَطاءِ تُؤَخَّرُ أيضًا.

وإنَّما تُؤْخَذُ مِنَ الرِّجالِ، ولَا تُؤْخَذُ منَ النِّساءِ، ولَا مِنَ العبيدِ [والإماءِ][2] والصبيانِ، وتُؤْخَذُ مِنْ كلِّ رَجُلٍ ثلاثةُ دراهمَ أو أربعةُ دراهمَ، ولَا يُؤْخَذُ أكثرُ مِنْ ذلكَ، ولكنْ يُؤْخَذُ في كلِّ سَنَةٍ دِرْهمٌ، أوْ درهمانِ، أو ثلاثةٌ، هذا إذا كانَ الرَّجلُ منْ أهلِ الدِّيوانِ.

وأمَّا إذا لَمْ يَكُنْ مِنْ أهلِ الدِّيوانِ، فعاقِلَتُه أنصارُه، فإنْ كانَ نُصْرتُه بالمَحالِّ والدُّرُوبِ؛ يُحْمَلُ عليهم، وإنْ كانَ نُصْرتُه بالحِرَفِ؛ فعاقِلَتُه المُحْتَرِفونَ الَّذينَ هم أنصارُه، كالقَصَّارِينَ والصَّفَّارِينَ بسَمَرْقَندَ، والأَسَاكِفَةِ بأَسْبِيجَابَ.

فإنْ لَمْ يَبْلُغْ منَ الرجالِ ما يُؤْخَذُ منهم مِنْ كلِّ واحدٍ منهم أربعةُ دراهمَ، ولكنْ يُؤْخَذُ أكثرُ مِنْ ذلكَ؛ فإنَّه لَا يُؤْخَذُ، ولكنْ يُضَمُّ أَقْربُ المَحالِّ إليهم حتَّىٰ يَكُونَ علىٰ كلِّ رَجُلٍ منهم ثلاثةٌ أو أربعةٌ، والقاتلُ يَكُونُ واحدًا منَ العاقلةِ حتَّىٰ يُؤْخَذَ منه كما يُؤْخَذُ مِنَ العاقلةِ إذا كانَ مِنْ أهلِ العَقْلِ، مِثْل أنْ يَكُونَ بالِغًا حرًّا صحيحَ العَقْلِ، هذا كلُّه إذا كانَ للرَّجُلِ عاقِلةٌ.

فأمَّا إذا لَمْ يكُنْ له عاقلةٌ [٨/٢٤٤و/م]، كاللَّقِيطِ، والحَرْبِيِّ، والذِّميِّ إذا أسلَمَ؛ فإنَّ عاقلتَه بيتُ المالِ.

---

(١) في الأصل: «وإن»، والمثبت من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«ر»، و«م».

ذَلِكَ بِنَسْخٍ بَلْ هُوَ تَقْرِيرُ مَعْنًى؛ لِأَنَّ الْعَقْلَ كَانَ عَلَىٰ أَهْلِ النُّصْرَةِ وَقَدْ كَانَتْ بِأَنْوَاعٍ: بِالْقَرَابَةِ وَالْحِلْفِ وَالْوَلَاءِ وَالْعَدِّ.

وَفِي عَهْدِ عُمَرَ قَدْ صَارَتْ بِالدِّيوَانِ فَجَعَلَهَا عَلَىٰ أَهْلِهِ اتِّبَاعًا لِلْمَعْنَىٰ وَلِهَذَا قَالُوا: لَوْ كَانَ الْيَوْمَ قَوْمٌ تَنَاصُرُهُمْ بِالْحِرَفِ فَعَاقِلَتُهُمْ أَهْلُ الْحِرْفَةِ، وَإِنْ كَانَ بِالْحِلْفِ فَأَهْلُهُ وَالدِّيَةُ صِلَةٌ ....

غاية البيان

ورُوِيَ [عنْ][1] محمَّدٍ ﵀: أنه يَجِبُ في مالِه، ولَا يَجِبُ في بيتِ المالِ هذا إذا أَسلَمَ وَلَمْ يُوَالِ أحدًا، فأمَّا إذا عاقَدَ[2] أحدًا عَقْدَ الوَلاءِ؛ فجنايتُه على المَوْلَىٰ الَّذي وَالَاهُ، فله أنْ يَتحَوَّلَ بولائِه إلىٰ غيرِه ما لَمْ يَعْقِلْ عنه، فإذا عَقَلَ عنه؛ فليسَ له أنْ يَتحَوَّلَ[3]، وكذلكَ لوْ لَمْ يُوَالِ أحدًا حتَّىٰ عَقَلَ عنه بيتُ المالِ؛ فليسَ له أنْ يُوَالِيَ أحدًا بعدَ ذلكَ»[4]. إلىٰ هنا لفظُ «شرحِ الطَّحاوِيِّ».

والأَعْطِيَاتُ: جَمْعُ: أَعْطِيةٍ، جَمْعُ: عَطاءٍ؛ لأنَّ جَمْعَ القِلَّةِ يَجوزُ جَمْعُه، والعطاءُ اسمُ ما يُعْطَىٰ، والمرادُ منه: ما يُفْرَضُ ويُعْطَىٰ للمُقاتِلةِ في كلِّ سَنَةٍ.

قولُه: (وَالْحِلْفِ وَالْوَلَاءِ وَالْعَدِّ).

والحِلْفُ ـ بكَسْرِ الحاءِ وسُكونِ اللَّامِ ـ: العَهْدُ، والمُرادُ به: ولاءُ المُوَالاةِ.

والمُرادُ منه منْ قولِه: (وَالْوَلَاءِ)، وَلاءُ العَتاقَةِ.

والمرادُ منَ: (العَدِّ)، أنْ يَكُونَ الرَّجُلُ معدودًا مِنَ القومِ، وإنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ قَبِيلتِهم، يُقال: فُلانٌ عَدِيدُ بني فلانٍ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) في الأصل: «عاقل»، والمثبت من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٣) في الأصل: «يحول»، والمثبت من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق/٣٦٧].

كَمَا قَالَ، لَكِنَّ إِيجَابَهَا فِيمَا هُوَ صِلَةٌ وَهُوَ الْعَطَاءُ أَوْلَىٰ مِنْهُ فِي أُصُولِ أَمْوَالِهِمْ.

وَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثِ سِنِينَ مَرْوِيٌّ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَمَحْكِيٌّ عَنْ عُمَرَ، وَلِأَنَّ

غاية البيان

قولُه: (كَمَا قَالَ)، أَيْ: الشَّافِعِيُّ رحمه الله[1].

قولُه: (أَوْلَىٰ مِنْهُ)، أَيْ: مِنْ إيجابِ الدِّيَةِ. يَعْني: أنَّ إيجابَ الدِّيَةِ في العطاءِ الَّذي هوَ صِلَةٌ أَوْلَىٰ مِنَ الإيجابِ [٣/٤٨٨ و] في أصولِ أموالِهم.

قولُه: (وَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثِ سِنِينَ مَرْوِيٌّ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ)، أَيْ: تَقديرُ الدِّيَةِ في الخطأِ بالتأجيلِ إلىٰ ثلاثِ سنينَ.

قالَ الحاكمُ: وقدْ رُوِّينا عنْ رسولِ اللهِ ﷺ: أنه جَعَلَ دِيَةَ الخطأِ على العاقلةِ في ثلاثِ سنينَ[2]. وقدْ ذكرْنا عنْ عُمَر رضي الله عنه قبلَ هذا: أنَّه فَرضَ كذلكَ[3].

ولأنَّ الدِّيَةَ مالٌ عظيمٌ، والخاطئُ معذورٌ، فيَجِبُ أنْ يَلْزَمَ العاقلةَ وإيَّاه علىٰ وَجْهٍ لَا حَرَجَ فيه، ولِهذا يُوَزَّعُ عليهم علىٰ وَجْهٍ يُصِيبُ كلَّ رجلٍ منَ الدِّيَةِ ثلاثةُ دَراهِمَ، أوْ أربعةُ دراهمَ تَحقِيقًا للتخفيفِ.

---

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٣٤١/١٢]، و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٤٦٤/١٠].

(٢) قال ابنُ أبي العز: «لم يَثْبتُ ذلك مرفوعًا إلىٰ النبي ﷺ، وإنما ثبَتَ عن عُمَر وعليّ رضي الله عنهما ولا يُعْرَف لهما مُخالف». وقال ابنُ حجر: «رَوَىٰ البيهقي من طريق الشَّافِعِيّ أنه قال: «وَجَدْنا عامًّا في أهل العلم أنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قضىٰ في جناية الحر المسلم علىٰ الحر خطأ مئة من الإبل علىٰ عاقلة الجاني، وعامًّا فيهم أيضًا أنها تمضي لثلاث سنين، في كل سنة ثُلثها وبأسنان معلومة». وقال ابنُ المنذر: «ما ذكَره الشَّافِعِيّ لا يُعْرَف له أصْل مِن كتابٍ ولا سُنَّة. وسُئل عنه أحمدُ بن حنبل فقال: لا أعرف فيه شيئًا. فقيل له: إنَّ أبا عبد الله رواه عن النبي ﷺ، فقال: لعلّه سَمِعه مِن ذلك المدني، فإنّه كان حَسَنَ الظن به، يعني: إبراهيمَ بن أبي يحيىٰ». قال الرافعيُّ: التأجيلُ لم يَرِد به خبَرٌ عن رسول الله ﷺ، وإنما أخذَ ذلك مِن إجماع الصَّحابة». ينظر: «التنبيه علىٰ مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٩٣٢/٥]. و«التلخيص الحبير» لابن حجر [٢٦٦٠/٥].

(٣) مضىٰ تخريجه.

الأَخْذَ مِنْ الْعَطَاءِ لِلتَّخْفِيفِ وَالْعَطَاءُ يَخْرُجُ فِي كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةً فَإِنْ خَرَجَتِ الْعَطَايَا فِي أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاث، أَوْ أَقَلَّ؛ أُخِذَ مِنْهَا؛ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ وَتَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَتْ الْعَطَايَا لِلسِّنِينَ الْمُسْتَقْبَلَةِ بَعْدَ الْقَضَاءِ، حَتَّىٰ لَوْ اجْتَمَعَتْ فِي السِّنِينَ الْمَاضِيَةِ قَبْلَ الْقَضَاءِ ثُمَّ خَرَجَتْ بَعْدَ الْقَضَاءِ لَا يُؤْخَذُ مِنْهَا لِأَنَّ الْوُجُوبَ بِالْقَضَاءِ

غاية البيان

وعنْ إبراهيمَ ﷺ في دِيَةِ الخطإِ وشِبْه العَمْدِ في النَّفْسِ: علىٰ العاقلةِ علىٰ أهلِ الدِّيوانِ في ثلاثةِ أعوامٍ، في كلِّ سَنَةٍ الثُّلُثُ.

قولُه: (وَإِنْ خَرَجَتِ الْعَطَايَا فِي أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاث، أَوْ أَقَلَّ؛ أُخِذَ مِنْهَا)، ذَكَرَه القُدُورِيُّ ﷺ هكذا في «المختصرِ»[1]، يَعْنِي: أنَّ الديةَ [٨/٢٤٤ظ/م] تَجِبُ علىٰ العاقلةِ في ثلاثِ سنينَ، ولكِنْ إذا خرجَتِ العطايا في أكثرَ مِنْ ثلاثِ سنينَ؛ تُؤخَذُ الدِّيَةُ منهم في أكثرَ مِنْ ثلاثِ سنينَ، حتَّىٰ إذا خرجَتْ عطاياهم الثلاثُ في ستِّ سنينَ؛ تُؤخَذُ الدِّيَةُ منهم في كلِّ سَنَةٍ السُّدُسُ، وإذا خرجَتْ عطاياهم [الثَّلاثُ][2] في سَنَةٍ واحدةٍ؛ يُؤخَذُ جميعُ الدِّيَةِ في سَنَةٍ واحدةٍ؛ لأنّ وجوبَها في العطايا، وقدْ[3] حَصلَتْ.

والمرادُ منَ العَطايا: هيَ العطايا المَفْروضةُ للسنينَ المُسْتقبَلةِ، لَا للسنينَ الماضيةِ، حتَّىٰ لوْ كانَتْ عَطايا السِّنينَ الماضيةِ اجتمعَتْ قبلَ قضاءِ القاضي بالدِّيةِ علىٰ العاقلةِ، ثم قَضَىٰ بالديةِ عليهم؛ لَا يُؤخَذُ منَ العطايا الماضيةِ، بَل يُؤخَذُ منَ العَطايا المُسْتقبَلةِ؛ لأنَّ ابتداءَ وُجوبِ الدِّيَةِ علىٰ العاقلةِ مِنْ حينِ قضاءِ القاضي، لَا مِنْ حينِ الموتِ خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ ﷺ[4]؛ لأنَّ مَنْ عليه الدِّيَةُ قبلَ القضاءِ غيرُ معلومٍ؛ لكونِه مُجْتهَدًا فيه؛ لأنَّ في العاقلةِ كلامًا، بعضُهم يَقُولُ: أهلُ الديوانِ،

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ١٩٤].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«ر».

(٣) في الأصل: «وإن»، والمثبت: من «ن»، و«غ»، و«ر»، و«فا٢»، و«م».

(٤) ينظر: «المهذب» للشيرازي [٣/٢٣٨]، و«نهاية المطلب» للجويني [١٦/٥٠٩].

عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ إن شاء الله تعالىٰ.

وَلَوْ خَرَجَ لِلْقَاتِلِ ثَلَاثُ عَطَايَا فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ مَعْنَاهُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ يُؤْخَذُ مِنْهَا كُلُّ الدِّيَةِ لِمَا ذَكَرْنَا.

غاية البيان

وبعضُهم يَقُولُ: العشيرةُ، فلَا يَتَعَيَّنُ إلَّا بالقضاءِ.

وكذا الواجبُ في نفسِه غيرُ معلومٍ، فإنَّ ولايةَ التَّعْيينِ فيه إلىٰ القاضي، إنْ شاءَ قَضىٰ بالإبلِ، وإنْ شاءَ قَضىٰ بالدراهمِ أو الدنانيرِ؛ لأنَّ مِنَ النَّاسِ مَنْ قالَ: الواجبُ الإبلُ فحَسْبُ، وقالَ قومٌ: الإبلُ والأثمانُ جميعًا، وزادَ قومٌ علىٰ هذا البقرَ والغَنَم والحُلَل، فصارَ الواجِبُ ستةَ أشياءَ.

وقالَ الأَصَمُّ[١]: العاقلةُ لَا يَجِبُ عليهم العَقْلُ؛ لأنَّه لَا تَزِرُ وازرةٌ وِزْرَ أُخرىٰ.

ومنهم مَنْ لَا يَرَىٰ علىٰ القاتلِ شيئًا.

احتَجَّ الشافعيُّ ﷺ: بأنَّ مَنْ تَلزَمُه الدِّيَةُ مُؤجَّلةً يَكُونُ ابتداؤُها مِنْ حينِ الموتِ، أَصْلُه: إذا أَقَرَّ بقتلِ الخطأِ، وأنكرَتِ العاقلةُ.

قُلْنا: لَا فَرْقَ بينهما، فإنَّ في الأصلِ ابتداءَها مِنْ حينِ تَلْزَمُه الديةُ، فكذلكَ في مسألتِنا ابتداءُ التأجيلِ مِنْ حينِ تَلْزَمُه الديةُ، وهوَ عندَ حُكْمِ الحاكمِ؛ لأنَّ الدِّيةَ لَمْ تَكُنْ واجبةً علىٰ العاقلةِ، وإنَّما تَجِبُ عليهم بحُكْمِ القاضي، فثَبَتَ [التأجيلُ][٢] مِنْ حينِ وَجَبَتِ الديةُ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ)، إشارةٌ إلىٰ ما ذَكَرَ بعدَ عشرةِ خُطوطٍ بقولِه: (لِأَنَّ [٨/٢٤٥و/م] الوَاجِبَ الأَصْلِيَّ: المِثْلُ، وَالتَّحَوُّلَ إِلَىٰ القِيمَةِ بِالقَضَاءِ).

قولُه: (لِمَا ذَكَرْنَا)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (لِأَنَّ الوُجُوبَ[٣] بِالقَضَاءِ).

---

(١) هو: عبد الرحمن بن كيسان، أبو بكر الأصم. الفقيه المُعْتزليّ المُفسِّر. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٣) في الأصل: «الواجب»، والمثبت من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م».

وَإِذَا كَانَ جَمِيعُ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فَكُلُّ ثُلُثٍ مِنْهَا فِي سَنَةٍ، وإذا كَانَ الْوَاجِبُ بِالْعَقْلِ ثُلُثَ دِيَةِ النَّفْسِ أَوْ أَقَلَّ كَانَ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ وَمَا زَادَ عَلَىٰ الثُّلُثِ إِلَىٰ تَمَامِ الثُّلُثَيْنِ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ، وَمَا زَادَ عَلَىٰ ذَٰلِكَ إِلَىٰ تَمَامِ الدِّيَةِ فِي السَّنَةِ الثَّالِثَةِ، وَمَا وَجَبَ عَلَىٰ الْعَاقِلَةِ مِنَ الدِّيَةِ، أَوْ عَلَىٰ الْقَاتِلِ بِأَنْ قَتَلَ الْأَبُ ابْنَهُ عَمْدًا؛ فَهُوَ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: وَمَا وَجَبَ عَلَىٰ الْقَاتِلِ فِي مَالِهِ؛ فَهُوَ حَالٌّ، لِأَنَّ التَّأْجِيلَ لِلتَّخْفِيفِ لِتَحَمُّلِ الْعَاقِلَةِ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ الْعَمْدُ الْمَحْضُ.

قولُه: (وَمَا وَجَبَ عَلَىٰ الْعَاقِلَةِ مِنَ الدِّيَةِ، أَوْ عَلَىٰ الْقَاتِلِ بِأَنْ قَتَلَ الْأَبُ ابْنَهُ عَمْدًا؛ فَهُوَ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: وَمَا وَجَبَ عَلَىٰ الْقَاتِلِ فِي مَالِهِ؛ فَهُوَ حَالٌّ)، ذكرَه علىٰ سبيلِ التَّفرِيعِ.

قالَ الشيخُ [٣/٤٨٨ظ] أبو الفضلِ الكِرْمانِيُّ ﷺ في «إشاراتِ الأسرارِ»: «الأبُ إذا قَتلَ ابنَه عمدًا؛ وجبَتِ الديةُ مُغلَّظةً في مالِه في ثلاثِ سنينَ».

وقالَ الشافعيُّ ﷺ: [تَجِبُ][1] حالًّا؛ لأنَّ الواجبَ بَدَلُ النَّفْسِ، فيَجِبُ أنْ يَكُونَ حالًّا كالقصاصِ[2]، وكما في عَقْدِ الصُّلْحِ.

وإنَّما وَردَ الشَّرْعُ بالتأجيلِ تَخْفِيفًا علىٰ الجاني في الخطأِ، وفي حالةِ العَمْدِ لَا يَسْتَحِقُّ التخفيفُ، فلَا يُلْحَقُ به، أَلَا تَرَىٰ أنَّ في حالةِ الخطأِ يَجِبُ علىٰ العاقلةِ تخفيفًا له، ويَجِبُ ديةٌ مُخفَّفةٌ، بخِلافِ حالةِ العمدِ.

ونحنُ نقولُ: القياسُ: ألَّا يَجِبَ المالُ؛ لانعدامِ المُماثلةِ بينَ المالِ والتالفِ؛

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«ر»، و«فا٢»، و«م».

(٢) ينظر: «مختصر المزني/مُلْحق بالأم للشافعي» [٨/٣٥٠]، و«المهذب» للشيرازي [٣/٢٣٨].

ولنا: أن القياس يَأْبَاهُ والشرع وَرَدَ بِهِ مُؤَجَّلًا فلا يتعداه.

وَلَوْ قَتَلَ عَشَرَةٌ رَجُلًا خطأً، فَعَلَىٰ عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ عُشْرُ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ

غاية البيان

لأنَّ النَّفْسَ مُعَدَّةٌ لأنواعِ الكَراماتِ بخِلافِ المالِ، وإنَّما وَجَبَ المالُ بقَتْلِ النَّفْسِ بالشرعِ صيانةً للدَّمِ عنِ الهَدْرِ، وقدْ وَرَد الشرعُ بإيجابِ المالِ في الخطإِ وشِبْهِ العمدِ مُؤَجَّلًا، فكذا يَجِبُ أنْ يَكُونَ هُنا مؤجّلًا؛ لأنَّه مالٌ وَجَبَ بالقتلِ ابتداءً كالمَقِيسِ عليه.

بخِلافِ ما إذا وَجَبَ بالصُّلْحِ؛ لأنَّه لَمْ يَكُنِ الواجبُ ثَمَّةَ بالقتلِ ابتداءً، بَلْ كانَ بالصُّلْحِ، ولأنَّه قَتْلٌ لَا يَتَعَلَّقُ به القِصاصُ بحالٍ، فما يُسْتَحَقُّ فيه مِنَ المالِ يَجِبُ أنْ يَكُونَ مُؤجّلًا، كما في شِبْهِ العمدِ والخطإِ».

وأَوْرَدَ هنا في «مختصرِ الأسرارِ» سُؤالًا وجوابًا، فقالَ:

«فإنْ قِيلَ: الديةُ في الأصلِ تَجِبُ على العاقلةِ، فلِذلكَ كانَتْ مُؤَجَّلةً، بخِلافِ الفَرْعِ؟

قُلْنا: يَبْطُلُ بما إذا اعْتَرَفَ بقتلِ الخطإِ وكَذَّبَتْه العاقلةُ، فإنَّها تَجِبُ في مالِه مُؤَجَّلةً مع أنَّ الدِّيَةَ لَا تَجِبُ علىٰ العاقلةِ، ولَا نُسَلِّمُ أنَّ جنايةَ الأبِ عَمدٌ مِنْ كلِّ وجهٍ؛ لأنَّه عَمْدٌ مِن وَجْهٍ خطأٌ مِن وَجْهٍ، أَلَا تَرَىٰ أنَّها جُعِلَتْ كالعَمْدِ في حقِّ الغَيْرِ حتَّىٰ لَمْ تَجِبِ الدِّيَةُ علىٰ العاقلةِ، وجُعِلَتْ كالخطإِ [٨/٢٤٥ظ/م] فيما بينهما حتَّىٰ لَمْ يَجِبِ القِصاصُ».

قولُه: (يَأْبَاهُ)، أَيْ: يَأْبَىٰ القياسُ إيجابَ المالِ، وبيانُه ما قُلْناه آنفًا.

قولُه: (وَرَدَ بِهِ مُؤَجَّلًا)، أَيْ: وَرَدَ الشَّرْعُ بإيجابِ المالِ في الخطإِ مُؤَجّلًا.

قولُه: (وَلَوْ قَتَلَ عَشَرَةٌ رَجُلًا خطأً، فَعَلَىٰ عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ عُشْرُ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ

سِنِينَ؛ اعتبارا للجزء بالكل إذ هو بدل النفس، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ مُدَّةُ ثَلَاثِ سِنِينَ [٢٨٠/د] مِنْ وَقْتِ الْقَضَاءِ بِالدِّيَةِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ الأَصْلِيَّ الْمِثْلُ وَالتَّحَوُّلَ إِلَى الْقِيمَةِ بِالْقَضَاءِ فَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهَا مِنْ وَقْتِهِ كَمَا فِي وَلَدِ الْمَغْرُورِ.

غاية البيان

سِنِينَ)، أَيْ: تَجِبُ الديةُ أَعْشارًا على عَواقِلِ العَشَرةِ، فعلى عاقلةِ كُلِّ واحدٍ مِنَ العشرةِ عُشْرُ الدِّيَةِ في ثلاثِ سنينَ في كلِّ سَنَةٍ ثُلُثُ العُشْرِ؛ لأنَّه لوْ كانَ القاتلُ واحدًا يَلْزَمُ كلُّ الدِّيَةِ في ثلاثِ سنينَ على العاقلةِ في كلِّ سَنَةٍ الثُّلُثُ، فإذا كانُوا عشرةً تَجِبُ على عَواقلِهم أَعْشارًا في ثلاثِ سنينَ على عاقلةِ كُلِّ واحدٍ عُشْرُ الدِّيَةِ، فيُصِيبُ كُلَّ عاقلةٍ عُشْرُ الدِّيَةِ.

وعُشْرُ الدِّيَةِ إذا أُدِّيَ في ثلاثِ سنينَ تَكُونُ حِصَّةُ السَّنةِ منْ ذلكَ ثُلُثُ العُشْرِ، وهذا مَعْنَى قولِه: (اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ)، أَيْ: لجُزءِ الدِّيَةِ[١] بكلِّ الدِّيَةِ، هذا إذا اختلفَتْ عَوَاقِلُ العَشَرةِ، فإنِ اتَّحَدَتْ؛ فالحُكْمُ فيه كما إذا كانَ القاتِلُ واحداً.

قولُه: (وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ مُدَّةُ ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ الْقَضَاءِ بِالدِّيَةِ).

وعندَ الشَّافعيِّ: يُعْتَبَرُ ابتداءُ المُدَّةِ مِنْ حينِ الموتِ، وقدِ استَوْفَيْنا البيانَ قبلَ هذا.

قولُه: (لِأَنَّ الْوَاجِبَ الْأَصْلِيَّ الْمِثْلُ)، أَيْ: الواجِبُ الأَصْلِيُّ في الضَّمانِ هوَ المِثْلُ للفائتِ؛ لقولِه تعالى: ﴿فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، ولَا مُماثلةَ بينَ الآدميِّ الصالحِ للكَرَاماتِ كالولاياتِ والشَّهاداتِ، وبينَ المالِ[٢] والتَّحوُّلِ مِنَ المِثْلِ الَّذي هوَ الآدَميُّ إلى قيمةِ الآدمِيِّ [٤٨٩/٣و] الفائتِ ثَبَتَ شَرْعًا بخِلافِ القياسِ.

(١) في الأصل: «الكل»، والمثبت: من «ن»، و«غ»، و«ر»، و«فا٢»، و«م».

(٢) في الأصل: «المثل»، والمثبت: من «ن»، و«غ»، و«ر»، و«فا٢»، و«م».

قال: وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ؛ فَعَاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ؛ لِأَنَّ نُصْرَتَهُ بِهِمْ وَهِيَ الْمُعْتَبَرَةُ فِي التَّعَاقُلِ.

غاية البيان

وإنَّما تعيَّنَتِ القيمةُ بالقضاءِ، فاعتُبِرَ ابتداءُ مُدَّةِ وُجوبِ القِيمةِ مِنْ يوم القضاءِ كما في ولدِ المَغْرورِ، وهوَ الَّذي وَطِئَ امرأةً مُتعمِّدًا على مِلْكِ يمينٍ، أوْ نكاحٍ، فولدَتْ ولدًا، ثُمَّ استُحِقَّتْ، حيثُ يَكُونُ ولدُها حُرًّا بالقيمةِ يومَ الخُصومةِ، وهوَ يومُ القضاءِ؛ لأنَّ الواجبَ الأصليَّ ـ وهوَ رَدُّ عَيْنِ الولدِ ـ لَمَّا تعَذَّر ـ لِئَلَّا يَلْزَمَ إِرْقاقُ الجزءِ ـ وَجَبَ التَّحوُّلُ إلى القيمةِ، فاعْتُبِرَ القيمةُ يَومَ القضاءِ؛ لأنَّها تعيَّنَتْ بالقضاءِ، فكذا هنا.

قولُه: (وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ؛ فَعَاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه [٢٤٦/٨و/م]: «وتُقْسَمُ عليهم في ثلاثِ سنينَ، لَا يُزَادُ الواحِدُ على أربعةِ دراهمَ في كلِّ سَنَةٍ، ويُنْقَصُ منها»[١].

وإنَّما كانَتْ عاقلةُ مَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أهلِ الدِّيوانِ قبيلتَه؛ لِمَا مَرَّ مِنْ قبلُ أنَّ الدِّيَةَ على عَهْدِ رسولِ اللهِ ﷺ على القبيلةِ، وإنَّما نَقَلَها عُمَر ﷺ في أهلِ الدِّيوانِ لمعنى التَّناصُرِ، فلمَّا لَمْ يَكُنِ الجاني مِنْ أهلِ الديوانِ لمعنى التَّناصُرِ؛ أُقِرَّ الحُكْمُ[٢] على الأصلِ.

وقالَ في «شرحِ الكافي»: «ومَن جَنَى مِنْ أهلِ الباديةِ وأهلِ اليمنِ الَّذين لَا ديوانَ لهم؛ فُرِضَتِ الديةُ على عَوَاقِلِهم في ثلاثِ سنينَ، الأقربِ فالأقربِ على الإخوةِ، ثُمَّ بَنِي الإخوةِ، ثُمَّ الأعمامِ، ثم بَنِي الأعمامِ على ما عُرِفَ مِنْ ترتيبِ العَصَباتِ.

وهلَ يَدْخُلُ البَنُونَ والآباءُ؟ بعضُهم قالوا: يَدْخُلُونَ؛ لأنَّهم أقربُ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٩٤].

(٢) في الأصل: «الحاكم»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

قَالَ: وَتُقْسَمُ عَلَيْهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لَا يُزَادُ الْوَاحِدُ عَلَى أَرْبَعَةِ دَرَاهِمَ فِي كُلِّ سَنَةٍ وَيَنْقُصُ مِنْهَا.

غاية البيان

وبعضُهم قالوا: لَا يَدْخُلُونَ؛ لأنَّ الانتصارَ غيرُ مُعْتادٍ منَ الأبناءِ والآباءِ، ولأنَّ هذا مِمَّا يُقْضَى على مَن يَكْثُرُ، ولَا يَلْحَقُهُمُ الحَرَجُ في تَحمُّلِه، والآباءُ والأولادُ لَا يُوصَفُونَ بالكَثْرةِ[1].

ويُضَمُّ إليهم أقربُ القَبائلِ في النَّسَبِ حتَّى يُصِيبَ الرَّجُلَ في السنينَ الثلاثِ مِنَ الدِّيَةِ ثلاثةُ دراهمَ أو[2] أربعةُ دراهمَ؛ لأنَّهم إنَّما يَتحَمَّلونَ عنه على وَجْهٍ لَا يَلْحَقُهم الحَرَجُ». كذا في «**شرحِ الكافي**».

وما ذكَرَه القُدُورِيُّ ﷺ في «**مختصرِه**» بقولِه: «لَا يُزَادُ [الواحدُ][3] على أربعةِ دَراهِمَ في كُلِّ سَنَةٍ»[4]، إشارةٌ إلى أنَّه يُزَادُ على الأربعةِ في السنينَ الثلاثِ؛ لأنَّه قَيَّدَ نَفْيَ الزيادةِ بسَنةٍ واحدةٍ، وجَوَّزَ الأربعةَ على الواحدِ منَ العاقلةِ في السَّنةِ الواحدةِ، فإذا كانَ ما يُصِيبُ الواحدَ في السَّنةِ الواحدةِ أربعةُ دراهمَ؛ كانَ ما يُصِيبُه في السنينَ الثلاثِ اثنَيْ عشرَ دِرْهمًا لَا محالةَ، فكانَ ما يُصِيبُه مِنْ جميعِ الدِّيَةِ زيادةً على الأربعةِ.

ونَصُّ محمَّدٍ ﷺ في كتابِ المَعاقِلِ بخِلافِ ذلكَ؛ لأنَّه قالَ: «ويُقْضَى بالدِّيةِ على القومِ حتَّى يُصِيبَ [الرَّجُلَ][5] في عطائِه منَ الدِّيَةِ كلِّها أربعةُ دراهمَ أوْ ثلاثةٌ، أو أقلُّ مِنْ ذلكَ»[6].

---

(١) في الأصل: «بالكثر»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

(٢) في الأصل: «و»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«ر»، و«فا٢»، و«م».

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٩٤].

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«م»، وهو موافق لِمَا وقع في «الأصل/المعروف بالمبسوط».

(٦) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٤/٦٦٣].

قَالَ - ﷺ -: كَذَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ - ﷺ - فِي مُخْتَصَرِهِ، وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَىٰ أَنَّهُ يُزَادُ عَلَىٰ أَرْبَعَةٍ مِنْ جَمِيعِ الدِّيَةِ، وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ - ﷺ - عَلَىٰ أَنَّهُ لَا يُزَادُ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ جَمِيعِ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ عَلَىٰ ثَلَاثَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ فَلَا يُؤْخَذُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ فِي كُلِّ سَنَةٍ إِلَّا دِرْهَمٌ أَوْ دِرْهَمٌ وَثُلُثُ دِرْهَمٍ وَهُوَ الْأَصَحُّ.

غاية البيان

قالوا: ما ذَكَرَه محمَّدٌ ﷺ هوَ الصحيحُ، وذلكَ؛ لأنَّ هذا مالٌ وَجَبَ عليهم تَخْفِيفًا علىٰ القاتلِ، وإنَّما يُسْتَحقُّ عليهم النَّظَرُ علىٰ وَجْهٍ لَا يَضُرُّ بهم، وذلكَ في تَوْزِيعِ الواجبِ حَسَبَ ما ذَكَرْنا، والَّذي ذكَرْناهُ مِنْ روايةِ «**مختصرِ القُدُورِيِّ**» ﷺ هوَ المشهورُ.

وقدْ [٨/٢٤٦ظ/م] أَثْبتَ في «**شرحِ الأقطعِ**» روايتَه بقولِه: لَا يُزَادُ الواحدُ علىٰ أربعةِ دراهمَ في كلِّ سَنَةٍ درهمٌ ودَانِقانِ، ويَنْقُصُ منها، فعلىٰ ذلكَ لَا فَرْقَ بينَ نَصِّ محمدٍ، وبينَ روايةِ القُدُورِيِّ [٣/٤٨٩ظ] ﷺ[1].

ويدلُّ علىٰ صِحَّةِ رواية «شرحِ الأقطعِ»: ما ذَكَرَه القُدُورِيُّ نفْسُه في «**شرحِ مختصرِ الكَرْخِيِّ**» في بابِ أُرُوشِ الجناياتِ علىٰ الرقيقِ قالَ: «ولا يَغْرَمُ كلُّ رَجُلٍ مِنَ العاقلةِ إلا ثلاثةَ دراهمَ، أو أربعةَ دراهمَ في ثلاثِ سنينَ، وذلكَ كُلُّ ما يَغرَمُه، ولَا يَغْرَمُ أكثرَ منْ ذلكَ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ القُدُورِيِّ.

ثُمَّ أكثرُ ما يُوضَعُ علىٰ كلِّ واحدٍ مِنَ العاقلةِ أربعةُ دراهمَ، وأقلُّه لَا يَتَقَدَّرُ، وعندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ علىٰ الغَنِيِّ نِصْفُ دينارٍ، وعلىٰ المُتَوَسِّطِ رُبْعُ دينارٍ. كذا في «**مختصرِ الأسرارِ**».

لنا: أَنَّ كُلَّ مِقدارٍ يُؤخَذُ في الزكاةِ بنفسِه، لَا يَتَقَدَّرُ ما يُؤخَذُ به مِن آحادِ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢ق/١٨٢].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٢٨/ داماد].

قَالَ: وَإِنْ لَمْ تَكُنْ تَتَّسِعُ الْقَبِيلَةُ لِذَلِكَ؛ ضُمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ مَعْنَاهُ: نَسَبًا كُلُّ ذَلِكَ لِمَعْنَى التَّخْفِيفِ وَيُضَمُّ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ عَلَى تَرْتِيبِ الْعَصَبَاتِ: الْإِخْوَةُ ثُمَّ بَنُوهُمْ، ثُمَّ الْأَعْمَامُ ثُمَّ بَنُوهُمْ. وَأَمَّا الْآبَاءُ وَالْأَبْنَاءُ فَقِيلَ يَدْخُلُونَ لِقُرْبِهِمْ، وَقِيلَ لَا يَدْخُلُونَ لِأَنَّ الضَّمَّ لِنَفْيِ الْحَرَجِ حَتَّى لَا يُصِيبَ لكل[1] وَاحِدٍ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ، وَهَذَا الْمَعْنَى إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ الْكَثْرَةِ وَالْآبَاءُ وَالْأَبْنَاءُ لَا يَكْثُرُونَ، وَعَلَى هَذَا حُكْمُ الرَّايَاتِ إِذَا لَمْ يَتَّسِعْ لِذَلِكَ أَهْلُ رَايَةٍ ضُمَّ إِلَيْهِمْ

غاية البيان

العاقلةِ كالبَقرةِ والبَعِيرِ، ولِهذا لَمْ يُزَدْ على أربعةِ دراهمَ حتَّى لَا يَبْلُغَ ما يُؤْخَذُ في الزكاةِ؛ لأنَّه [في][2] حُكْمِ الكثيرِ، ولَا يُفَرَّقُ بينَ الغنيِّ والمتوسِّطِ في التَّحَمُّلِ؛ لأنَّه مالٌ وَجَبَ بالقتلِ، فاستوَى فيه الغَنِيُّ والمُتوسِّطُ؛ كالكفَّارةِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ لَمْ تَكُنْ تَتَّسِعُ الْقَبِيلَةُ لِذَلِكَ؛ ضُمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ)، أَيْ: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[3]، يَعْنِي: أنَّ العاقلةَ أهلُ الديوانِ عندَنا، فإنْ لَمْ يَكُنِ القاتلُ[4] منْ أهلِ الدِّيوانِ؛ فعاقلتُه قبيلتُه، ثُمَّ القبيلةُ إذا وُزِّعَ عليهم الدِّيَةُ في ثلاثِ سنينَ على كلِّ واحدٍ منهم ثلاثةُ دراهمَ، أو أربعةُ دراهمَ، كما بَيَّنا، وَلَمْ يحْصُلْ أداءُ كمَالِ الدِّيَةِ بهم؛ ضُمَّ إليهم أقربُ القبائلِ نَسَبًا على التَّرتيبِ المذكورِ في العَصَباتِ.

وهذا إذا كانَ له عاقلةٌ، فإنْ لَمْ يَكُنْ له عاقلةٌ، فعَقْلُه في بيتِ مالِ المسلمينَ، وعنْ محمَّدٍ رحمه الله أنَّه في مالِ الجاني، وقدْ مَرَّ بيانُه منْ «شرحِ الطَّحاويِّ» قُبَيْلَ هذا.

قولُه: (وَعَلَى هَذَا حُكْمُ الرَّايَاتِ[5])، يَعني: إذا كانَ القاتلُ من أهل الدِّيوان؛

---

(١) في حاشية الأصل: «خ: كل».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«ر»، و«فا٢»، و«م».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ١٩٤].

(٤) في الأصل: «العاقلة»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

(٥) في الأصل: «الروايات»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

أَقْرَبُ الرَّايَاتِ: يَعْنِي أَقْرَبَهُمْ نُصْرَةً إِذَا حَزَبَهُمْ أَمْرٌ الْأَقْرَبَ فَالْأَقْرَبَ، وَيُفَوِّضُ ذَلِكَ إِلَى الْإِمَامِ لِأَنَّهُ هُوَ الْعَالِمُ بِهِ، ثُمَّ هَذَا كُلُّهُ عِنْدَنَا.

وقال الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ دِينَارٍ فَيُسَوِّي بَيْنَ الْكُلِّ؛ لأنه صِلَةٌ

غاية البيان

فعاقِلتُه أهلُ الرَّاية، فإن لَمْ يَتَّسع أَهلُ الرَّاية للعَقْلِ؛ ضُمَّ إليهم أهلُ رَايةٍ أُخْرَى، الأقربُ فالأقربُ في النُّصرةِ. أَعْني: إذا حَزَبَ أهلَ الرَّايةِ الأُولى أَمْرٌ، فَمَنْ[1] كانَ أقربَ نُصْرةٍ إليهم مِنْ أهلِ الرَّاياتِ الأُخَرِ؛ يُضَمُّ إليهم في العَقْلِ، يُعْتَبَرُ الأقربُ فالأقربُ، ولكنْ يُفَوَّضُ اعتبارُ الأقربِ [٨/٢٤٧و/م] في النُّصْرةِ إلى الإمامِ؛ لأنَّه هوَ العارفُ بذلكَ.

يُقالُ: حَزَبَه أَمْرٌ[2]، أي: أَصابَه.

قولُه: (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ دِينَارٍ).

قالَ في «وَجِيزِهم»: «ولَا يُضْرَبُ على فقيرِهم وإنْ كانَ مُعْتَمِلًا، ويُضْرَبُ على الغَنِيِّ نِصْفُ دينارٍ[3]، وهوَ الَّذي مَلَكَ عشرينَ دينارًا بعدَ المَسْكنِ، وما يَحْتَاجُ إليه، وعلى المُتَوسِّطِ الرُّبعُ، وهوَ الَّذي يَمْلكُ أقلَّ مِنْ ذلكَ، ولكنْ مَلَكَ ما فَضَلَ عنْ حاجتِه، ويُنْظَرُ إلى اليَسارِ في آخرِ السَّنَةِ، فلوْ طَرَأَ اليَسَارَ قبْلَها، أوْ بعدَها؛ فلَا التفاتَ إليه»[4]. إلى هنا لفظُ «الوجيزِ»، وقدْ مرَّ بيانُ المذْهبَيْنِ قبلَ هذا.

قولُه: (لِأَنَّهُ صِلَةٌ)، أَيْ: لأنَّ العَقْلَ صِلَةٌ؛ لأنَّه يَجِبُ على العاقلةِ بسببِ

---

(١) في الأصل: «فما»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

(٢) إشارة إلى قول صاحب «الهداية»: «يَعْنِي: أَقْرَبَهُمْ نُصْرَةً إِذَا حَزَبَهُمْ أَمْرٌ، الأَقْرَب فَالأَقْرَبِ» ينظر: «الهداية» للمَرْغيناني [٤/٥٠٧].

(٣) في «الوجيز»: «وَيُضْرَبُ علَى الغَنِيِّ نِصْفُ (ح م) دِينَار». ويعني بـ: (ح): الرمزَ به إلى أبي حنيفة. وبـ: (م): الرمزَ به إلى الإمام مالك، كما نصَّ على ذلك في المقدمة. ينظر: «الوجيز/مع شرح الرافعي» للغزالي [١/٥].

(٤) ينظر: «الوجيز/مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [١٠/٤٧٦].

فَيَعْتَبِرُهُ بِالزَّكَاةِ وَأَدْنَاهَا ذَلِكَ إذْ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ عِنْدَهُمْ نِصْفُ دِينَارٍ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: هِيَ أَحَطُّ رُتْبَةً مِنْهَا؛ ألا تراها لَا تُؤْخَذُ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ فَيُنْتَقَصُ مِنْهَا تَحْقِيقًا لِزِيَادَةِ التَّخْفِيفِ.

وَلَوْ كَانَ عَاقِلَةُ الرَّجُلِ أَصْحَابَ الرِّزْقِ؛ يُقْضَى بِالدِّيَةِ فِي أَرْزَاقِهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فِي كُلِّ سَنَةٍ الثُّلُثُ؛ لِأَنَّ الرِّزْقَ فِي حَقِّهِمْ بِمَنْزِلَةِ الْعَطَاءِ قَائِمٌ مُقَامَهُ إذْ كُلٌّ مِنْهُمَا صِلَةٌ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كَانَتْ أَرْزَاقُهُمْ تَخْرُجُ فِي كُلِّ سَنَةٍ، فَكَمَا يَخْرُجُ رِزْقٌ [٢٨٠/ظ] يُؤْخَذُ مِنْهُ الثُّلُثُ بِمَنْزِلَةِ الْعَطَاءِ.

غاية البيان

الْمُوَاساةِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُوجَدَ[1] منهم جنايةٌ.

قولُه: (فَيَعْتَبِرُهُ بِالزَّكَاةِ)، أَيْ: يَعْتَبِرُ الشَّافعيُّ العَقْلَ بالزَّكاةِ، وأَدْنَى الزكاةِ مِنَ الوَرِقِ خَمْسةُ دراهمَ، وهيَ مُساوِيةٌ بِنِصْفِ دينارٍ في الزَّمَنِ الأوَّلِ[2].

وهذا الَّذي قالَه ليسَ له أَثَرٌ؛ لأنَّه أَوْجَبَ الرُّبْعَ على المتوسِّطِ، على أنَّا نَقولُ: لَا نُسَلِّمُ أنَّ قياسَ العَقْلِ على الزَّكاةِ صحيحٌ لوُجودِ الفارقِ؛ لأنَّ القَدْرَ المعلومَ هنا يَجُوزُ تنْقِيصُه، ولَا يَجوزُ النُّقصانُ في الزكاةِ، وأيضًا الزكاةُ تُؤْخَذُ مِنْ أَصْلِ المالِ، وهذا يُؤْخَذُ مِنْ فَضْلِ المالِ منَ العطاءِ عندَنا، فَلَمْ يَكُنْ تعْليلُه حُجةً علينا.

قولُه: (وَلَوْ كَانَ عَاقِلَةُ الرَّجُلِ [٣/٤٩٠و] أَصْحَابَ الرِّزْقِ؛ يُقْضَى بِالدِّيَةِ فِي أَرْزَاقِهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فِي كُلِّ سَنَةٍ الثُّلُثُ). ذَكرَه بسبيلِ التَّفرِيعِ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجابيُّ ﵀ في «شرحِ الكافي»: «ولَوْ كانَتْ عاقلةُ الرَّجُلِ أصحابَ الرزقِ يَأْخُذُونَهُ كلَّ شهرٍ؛ قُضِيَ عليهم بالدِّيَةِ في ذلكَ الشَّهرِ بحصَّتِه، وإنْ كانوا يَأْخُذُونَه كلَّ ستَّةِ أشهرٍ، وَلَمْ يَكُنْ لهم أَعْطِيةٌ، فخَرَجَ لهم

(١) في الأصل: «يؤخذ»، والمثبت من: «فا٢»، و«م».

(٢) ينظر: «المهذب» للشيرازي [٣/٢٤١]، و«التهذيب» للبغوي [٧/١٩٧].

وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ فِي كُلِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَخَرَجَ بَعْدَ الْقَضَاءِ يُؤْخَذُ مِنْهُ سُدُسُ الدِّيَةِ وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ فِي كُلِّ شَهْرٍ يُؤْخَذُ مِنْ كُلِّ رِزْقٍ بِحِصَّتِهِ مِنَ الشَّهْرِ حَتَّى يَكُونَ الْمُسْتَوْفِي فِي كُلِّ سَنَةٍ مِقْدَارَ الثُّلُثِ، وَإِنْ خَرَجَ بَعْدَ الْقَضَاءِ بِيَوْمٍ أَوْ أَكْثَرَ أُخِذَ مِنْ رِزْقِ ذَلِكَ الشَّهْرِ بِحِصَّةِ الشَّهْرِ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُمْ أَرْزَاقٌ فِي كُلِّ شَهْرٍ وَأَعْطِيَةٌ فِي كُلِّ سَنَةٍ فُرِضَتِ الدِّيَةُ فِي الْأَعْطِيَةِ دُونَ الْأَرْزَاقِ لِأَنَّهُ أَيْسَرُ، إِمَّا لِأَنَّ الْأَعْطِيَةَ أَكْثَرُ، أَوْ لِأَنَّ الرِّزْقَ لِكِفَايَةِ الْوَقْتِ فَيَتَعَسَّرُ الْأَدَاءُ مِنْهُ وَالْأَعْطِيَاتُ لِيَكُونُوا فِي الدِّيوَانِ قَائِمِينَ بِالنُّصْرَةِ فَيَتَيَسَّرَ عَلَيْهِمْ.

غاية البيان

رِزْقُ ستَّةِ أشهرٍ بعدَ القضاءِ، أُخِذَ منهم سُدُسُ الدِّيَةِ؛ لأنَّ مالَهم الَّذي يُصْرَفُ إلى نوائبِهم هذا.

ولوْ كانَ لهم أرزاقٌ في كلِّ شهرٍ، وأَعْطِيات في كلِّ سَنَةٍ؛ فُرِضَتْ عليهم الدِّيَةُ في أعْطِياتِهم دونَ أرزاقِهم؛ لأنَّ أداءَ النَّائبةِ مِنَ الأَعْطِياتِ أَسْهلُ؛ لأنَّ الأرزاقَ تكُونُ مُسْتَحَقَّةً بنوائبِهم الدارَّةِ، ولأنَّ الأَعْطِياتِ تكونُ أكثرَ، فكانَ أَخْذُ النائبةِ عنه أسهلَ وأَيْسرَ».

والفرقُ بينَ الرِّزْقِ والعَطِية: أنَّ الرزقَ ما يُفْرَضُ لكفايةِ الوقتِ، والعَطِيةُ ما يُفْرَضُ ليَكُونُوا قائمِينَ [٨/٢٤٧ظ/م] بالنُّصْرةِ.

وقالَ صاحبُ «المغربِ»: «العَطِيةُ: ما يُفْرَضُ للمُقاتِلةِ، والرِّزْقُ ما يُجْعَلُ لفقراءِ المسلمينَ إذا لَمْ يَكُونُوا مُقاتِلةً»[1]. وفيه نَظَرٌ؛ لأنَّ محمَّدًا رحمه الله قالَ: «إذا كانَ[2] لهم أرزاقٌ وأَعْطياتٌ؛ فُرِضتِ الدِّيةُ في أَعْطِياتِهم دونَ أرزاقِهم»[3].

---

(١) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٢/٦٨].

(٢) في الأصل: «لم يكن»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، وهو موافق لِمَا وقع في الأصل/المعروف بالمبسوط».

(٣) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٤/٦٦٥].

قَالَ: وَأُدْخِلَ الْقَاتِلُ معَ العَاقِلَةِ، فَيَكُونُ فِيمَا يُؤَدِّي كَأَحَدِهِمْ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْفَاعِلُ فَلَا مَعْنَىٰ لِإِخْرَاجِهِ وَمُؤَاخَذَةِ غَيْرِهِ.

غاية البيان

فعُلِمَ بذلكَ: أنَّ الرِّزقَ يُفرَضُ للمُقاتِلة أيضًا.

قولُه: (قَالَ: وَأُدْخِلَ[١] الْقَاتِلُ مَعَ العَاقِلَةِ، فَيَكُونُ فِيمَا يُؤَدِّي كَأَحَدِهِمْ)، أَيْ: قالَ القُدُورِيّ رحمه الله في «مختصرِه»[٢].

ومعنىٰ كونِه كأحدِ العاقلةِ[٣]: أنه يُفرَضُ عليه مِنَ الدِّيَةِ ثلاثةُ دراهمَ، أوْ أربعةُ دراهمَ.

وقالَ الطَّحاوِيُّ رحمه الله: «ويَعْقِل الجَانِي مع عاقلتِه جنايةَ نفسِه إذا كانَ [رَجُلًا][٤] حرًّا صحيحَ العقلِ»[٥]، وهذا عندَنا.

وعندَ الشافعيِّ رحمه الله: لَا يَلزَمُ القاتلَ شيءٌ[٦]. كذا في «الإشاراتِ» وغيرِه، وهوَ مذهبُ أحمدَ بنِ حنبلٍ رحمه الله[٧] [أيضًا][٨]، وذلكَ؛ لأنَّ الحُكْمَ حُوِّلَ إلىٰ العاقلةِ، فلَا يَبقَىٰ عليه، ولِهذا لَا يَجِبُ الكُلّ عليه، فلَا يَجِبُ الجُزْء أيضًا اعتبارًا للجُزْءِ بالكُلِّ.

ولنا: ما رُوِيَ أنّ سَلَمةَ[٩] بنَ نُعَيْمٍ قَتَلَ رَجُلًا يومَ اليَمامةِ يَظُنُّه كافرًا وكانَ

---

(١) وقع في الأصل: «وإذا دخل»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٩٤].

(٣) في الأصل: «المقاتلة»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، وهو موافق لِمَا وقع في «مختصر الطحاوي».

(٥) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٢٣٣].

(٦) ينظر: «المهذب» للشيرازي [٢٣٧/٣].

(٧) ينظر: «المغني» لابن قدامة [٤٩٨/٩].

(٨) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«ر»، و«فا٢»، و«م».

(٩) في الأصل: «مسلمة»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، وهو موافق لِمَا وقع في «مشكل الآثار». وهو سَلَمةُ بن نُعَيم بن مسعود الأشجعيّ له صحبة. ينظر: «التاريخ الكبير» للبخاري [٧١/٤].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجِبُ عَلَىٰ الْقَاتِلِ شَيْءٌ مِنَ الدِّيَةِ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ فِي النَّفْيِ عَنْهُ وَالْجَامِعُ كَوْنُهُ مَعْذُورًا.

قُلْنَا: إِيجَابُ الْكُلِّ إِجْحَافٌ بِهِ وَلَا كَذَلِكَ إِيجَابُ الْجُزْءِ، وَلَوْ كَانَ الْخَاطِئُ مَعْذُورًا فَالْبَرِيءُ مِنْهُ أَوْلَىٰ، قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤].

غاية البيان

مُسْلِمًا، فقالَ له عُمَر ﷺ: «الدِّيَةُ عَلَيْكَ وَعَلَىٰ قَوْمِكَ»[١]. كذا في [«شرحِ الطَّحاويِّ» لأبي بكرٍ الرَّازِيِّ[٢] و][٣]«**شرحِ الأقطعِ**»[٤].

ولأنَّه لَمَّا وَجَبَ على العاقلةِ بجَعْلِهم مُباشِرينَ حُكْمًا، وإنْ لَمْ تُوجَدِ المُباشَرةُ منهم حقيقةً؛ فأَوْلَىٰ أَنْ يَجِبَ على القاتلِ؛ لكونِه مُباشِرًا حقيقةً، ولَا يَلزَمُ مِن نَفْيِ إيجابِ كُلِّ الدِّيَةِ عنِ القاتلِ نَفْيِ إيجابِ الجُزْءِ؛ لأنَّ إيجابَ الأكثرِ على العاقلةِ تَخْفيفٌ على العاقلةِ؛ لأنَّه خاطِئٌ، فيَجِبُ عليه كما وَجَبَ على أحدِهم؛ لأنَّ فيه تخفيفًا أيضًا.

أمَّا الإسقاطُ عنه أصلًا فلَا معنَىٰ له؛ لأنَّه لَمَّا وَجَبَ[٥] على العاقلةِ مع أنَّهم بُرَاءٌ مِنَ الجنايةِ، ولَمْ يَتَلَوَّثُوا بالدَّمِ؛ كانَ الوُجوبُ على غيرِ البَرِيءِ أَوْلَىٰ؛ لأنَّه تعالى قالَ: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤]، ولأنَّها دِيَةٌ وَجبَتْ بالقَتْلِ،

---

(١) أخرجه: يحيىٰ بن معين في «الجزء الثاني من حديثه» [ص/ ١١٩]، والطحاوي في «مشكل الآثار» [١٥/٢٤٥]. وابن حزم في «المحلى» [١١/٥٥]، من طريق نُعَيْمِ بْنِ أَبِي هِنْدٍ عَنْ سَلَمَةَ بْنِ نُعَيْمٍ به نحوه.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٥/٤١٤ ـ ٤١٥].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة مِن: «فا٢»، و«م».

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢ق/١٨٢، ١٨٣].

(٥) في الأصل: «أوجب»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

وَلَيْسَ عَلَىٰ النِّسَاءِ وَالذُّرِّيَّةِ مِمَّنْ كَانَ لَهُ حَظٌّ فِي الدِّيوَانِ عَقْلٌ لِقَوْلِ عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ: لَا يَعْقِلُ مَعَ الْعَاقِلَةِ صَبِيٌّ وَلَا امْرَأَةٌ، وَلِأَنَّ الْعَقْلَ إِنَّمَا يَجِبُ عَلَىٰ أَهْلِ النُّصْرَةِ لِتَرْكِهِمْ مُرَاقَبَتَهُ، وَالنَّاسُ لَا يَتَنَاصَرُونَ بِالصِّبْيَانِ وَالنِّسَاءِ وَلِهَذَا لَا يُوضَعُ

غاية البيان

فلَا تَخْلو ذِمَّةُ القاتلِ عنها، كما إذا لَمْ تَتَّسعِ العاقلةُ، ولَا مالَ في بيتِ المالِ.

فإنْ قيلَ: رُوِيَ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قَضَىٰ بِدِيَةِ المقتولةِ علىٰ عَصَبةِ القاتلةِ، لَا علىٰ [٣/٤٩٠ظ] القاتلةِ[1]؟

قُلْنا: ذلكَ ليسَ بحُجَّةٍ علينا؛ لأنَّ أصحابَنا قالُوا: إنَّ القاتلَ إذا لَمْ يَكُنْ مِنْ أهلِ التَّحَمُّلِ لَا يَدْخُلُ في العاقلةِ، والمرأةُ ليسَتْ مِنْ أهلِ التَّحَمُّلِ.

فإنْ قيلَ: ما وَجَبَ تَحمُّله [٨/٢٤٨و/م] عنِ الغَيْرِ يَجِبُ تَحمُّلُ جميعِه لَا بعْضِه، كالنَّفَقةِ وصَدَقةِ الفِطْرِ، فعلىٰ هذا يَنْبَغِي أنْ يَجِبَ كلُّ الدِّيَةِ على العاقلةِ مِنْ غيرِ إيجابِ الجُزْءِ علىٰ القاتلِ؟

قُلْنا: ليسَ طريقُ هذا طريقَ التَّحمُّلِ؛ لأنَّ التَّحمُّلَ عنِ الغَيْرِ عبارةٌ عنْ أنْ يَجِبَ عليه ثم يُؤَدِّي عنه غيرُه، وهنا يَجِبُ العَقْلُ علىٰ العاقلةِ ابتداءً بجَعْلِهم مُباشِرِينَ تَقْدِيرًا، وكذلكَ نَقُولُ في النفقةِ والصدقةِ؛ لأنَّ ذلكَ يَجِبُ علىٰ الأبِ والابنِ ابتداءً، ثُمَّ النفقةُ والصدقةُ حُجَّةٌ علىٰ الخَصْمِ؛ لأنَّ وُجوبَها يَخْتلِفُ بيَسارِ الغَيْرِ وإعسارِه، فإنَّه إذا كانَ مُوسِرًا لَا يُتحَمَّلُ عنه، فعلىٰ قِياسِ هذا يَجِبُ أنْ يَقُولُوا: إذا كانَ القاتلُ مُوسِرًا لَا يُتَحَمَّلُ عنه.

قولُه: (وَلَيْسَ عَلَىٰ النِّسَاءِ وَالذُّرِّيَّةِ مِمَّنْ كَانَ لَهُ حَظٌّ فِي الدِّيوَانِ عَقْلٌ).

قالَ الحاكِمُ [الشَّهيدُ][2]: «وليسَ علىٰ النِّساءِ والذُّرِّيةِ مِمّنْ كانَ له عَطاءٌ في

(١) يعني حديث المرأتيْن مِن هُذَيْل، وقد تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«ر»، و«فا٢»، و«م».

عَلَيْهِمْ[١] مَا هُوَ خَلَفٌ عَنْ النُّصْرَةِ وَهُوَ الْجِزْيَةُ، وَعَلَىٰ هَذَا لَوْ كَانَ الْقَاتِلُ صَبِيًّا أَوْ امْرَأَةً لَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا مِنْ الدِّيَةِ بِخِلَافِ الرَّجُلِ، لِأَنَّ وُجُوبَ جُزْءٍ مِنَ الدِّيَةِ عَلَى الْقَاتِلِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ أَحَدُ الْعَوَاقِلِ لِأَنَّهُ يَنْصُرُ نَفْسَهُ وَهَذَا لَا يُوجَدُ فِيهِمَا،

الدِّيوانِ عَقْلٌ». وذلكَ[٢] لأنَّ وُجوبَ العَقْلِ على العاقلةِ باعتبارِ تَرْكِ المُراقبةِ والنُّصرةِ، وجَعلَهم قاتِلينَ تَقْدِيرًا، والصِّبْيانُ والنِّساءُ لَيْسُوا مِنْ أهلِ النُّصْرةِ، فلَا عَقْلَ عليهم، وقدْ رُوِيَ عنْ [عُمَرَ][٣] بنِ الخَطَّابِ ﷺ أنَّه قالَ: لَا يَعْقِلُ معَ العاقلةِ صَبِيٌّ، ولَا امرأةٌ[٤]. كذا في «شرحِ الكافي».

والذُّرِّيَّةُ في اللُّغةِ: أولادُ الأولادِ[٥]، وأرادَ هُنا الصِّبْيانَ، وهيَ مأخوذةٌ مِنَ الذَّرِّ، وهيَ صِغارُ النَّمْلِ.

والدليلُ على أنَّ الصَّبِيَّ والمرأةَ ليسَا مِنْ أهلِ النُّصْرةِ: أنَّ الجِزْيةَ لَا تُوضَعُ عليهما[٦]، وهيَ بَدَلٌ عنِ النُّصْرةِ.

فَإِنْ قُلْتَ: قدْ مَرَّ قبْلَ كتابِ المَعاقِلِ أنَّ القَتِيلَ إذا وُجِدَ في قريةِ امرأةٍ؛ تَجِبُ الدِّيَةُ على عاقلتِها، لَا عليها عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ، وذهبَ إليه المشايخُ المتأخِّرونَ ﷺ: أنَّها تُشَارِكُ العاقلةَ في الدِّيَةِ، فكيفَ لَمْ تُشَارِكْهم هنا[٧]؟

قُلْتُ: ثَمَّةَ أيضًا لَا تُشارِكُهم في الدِّيَةِ على ما هوَ المنصوصُ عنْ محمَّدٍ،

(١) في حاشية الأصل: «خ: عليها».

(٢) في الأصل: «وكذلك»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«ر»، و«فا٢»، و«م».

(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٣٨].

(٥) ينظر: «الزاهر في معاني كلمات الناس» للأنباري [١١٥/٢].

(٦) في الأصل: «عليها»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٧) ينظر: «الأصل» [٤٣٣/٤]، «مختصر الطحاوي» [ص/ ٢٤٨، ٢٤٩]، «المبسوط» [١٢٠/٢٦]، «تبيين الحقائق» [١٧٦/٦]، «العناية» [٣٧٩/١٠]، «الفتاوى الهندية» [٩٨/٦].

وَالْفَرْضُ لَهُما مِنَ الْعَطاءِ لِلْمَعُونَةِ لا لِلنُّصْرَةِ كفرض أزواج النبي ﷺ.

وَلَا يَعْقِلُ أَهْلُ مِصْرٍ عَنْ أَهْلِ مِصْرٍ آخَرَ يريد به إذا كان لأَهْلِ كُلِّ مِصْرٍ دِيوَانٌ عَلَىٰ حِدَةٍ لِأَنَّ التَّنَاصُرَ بِالدِّيوَانِ عِنْدَ وُجُودِهِ، وَلَوْ كَانَ بِاعْتِبَارِ الْقُرْبِ فِي السُّكْنَىٰ فَأَهْلُ مِصْرِهِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ أَهْلِ مِصْرٍ آخَرَ.

غاية البيان

وإنَّما استَحسَنَ المتأخِّرُون في تلكَ المسألةِ خاصَّةً؛ لأنَّها لَمَّا دخلَتْ في القَسامَةِ دخلَتْ في الدِّيَةِ أيضًا، بخِلافِ غيرِها مِنَ الصورِ، حيثُ لَا تَدْخُلُ في القَسامَةِ؛ فلَا تَدْخُلُ في الدِّيَةِ أيضًا.

قولُه: (وَالْفَرْضُ لَهُمَا مِنَ الْعَطَاءِ لِلْمَعُونَةِ لَا لِلنُّصْرَةِ)، هذا جوابُ سُؤالٍ مُقَدَّرٍ بأنْ يُقالَ: لَا نُسَلِّمُ أنَّ الصبيَّ والمرأةَ [لَيْسَا][1] مِنْ [٨/٢٤٨ظ/م] أهلِ النُّصْرةِ، فلوْ لَمْ يَكُونَا مِنْ أهْلِها لَمَا فُرِضَ لهما مِنَ العَطاءِ.

فأجابَ عنْ ذلكَ وقالَ: الفَرْضُ للمَعُونةِ لَا للنُّصْرةِ.

وبيانُه: أنَّ بِنْيَتَهُما تَصْلُحُ لمَعُونةِ الجُنْد بالطبخِ، والخِيَاطةِ، وحِفْظِ المَنْزِلِ ونَحْوِ ذلكَ، ولَا تَصْلُحُ للنُّصْرةِ لضَعْفِهما[2]، فكانَ الفَرْضُ للمَعُونةِ لَا للنُّصْرةِ.

ويَجُوزُ أنْ يُقالَ: الفرْضُ لهما مِنَ الإمامِ علىٰ سبيلِ العَوْنِ لهما، كفَرْضِ أزواجِ النَّبيِّ ﷺ، لَا لوجودِ النُّصْرةِ منهما لغيرِهما، فَلَمْ يَدُلَّ فَرْضُ العطاءِ للنُّصْرةِ.

قولُه: (وَلَا يَعْقِلُ أَهْلُ مِصْرٍ عَنْ أَهْلِ مِصْرٍ آخَرَ)، وهذه مِنْ مسائلِ «الأصلِ»[3]، ذَكَرها علىٰ سبيلِ التَّفريعِ.

وهذا إذا كانَ ديوانُ كُلِّ واحدٍ مِنَ المِصْرَيْنِ مختلفًا؛ لأنَّه لَا يُوجَدُ التَّناصُرُ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) في الأصل: «لضَعْفها»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«ر».

(٣) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٤/٦٦٦].

(وَيَعْقِلُ أَهْلُ كُلِّ مِصْرٍ [١٨١/ر] مِنْ أَهْلِ سَوَادِهِمْ) لِأَنَّهُمْ أَتْبَاعٌ لِأَهْلِ الْمِصْرِ، فَإِنَّهُمْ إِذَا حَزَبَهُمْ أَمْرٌ اسْتَنْصَرُوا بِهِمْ فَيَعْقِلُهُمْ[١] أَهْلُ الْمِصْرِ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى الْقُرْبِ فِي النُّصْرَةِ.

وَمَنْ كَانَ مَنْزِلُهُ بِالْبَصْرَةِ، وَدِيوَانُهُ بِالْكُوفَةِ؛ عَقَلَ عَنْهُ أَهْلُ الْكُوفَةِ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَنْصِرُ بِأَهْلِ دِيوَانِهِ لَا بِجِيرَانِهِ.

غاية البيان

بينهما حينئذٍ [٣/٩١ر]، فلَا يَعْقِلُ أحدُهما عنِ الآخرِ، فأمَّا إذا كانَ ديوانُهما واحدًا، أوْ كانَ الجاني منْ أهلِ ديوانِ ذلكَ المِصْرِ الآخرِ؛ يَعقِلُ عنه أهلُ ذلكَ المِصْرِ، بدليلِ المسألةِ الَّتي تَلِي هذه.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الإِسْبِيجابي ﵀ في «شرحِ الكافي»: «ولَا يَعقِلُ أهلُ مِصْرٍ عنْ أَهْلِ مِصْرٍ آخرَ؛ لأنَّه لَا تَناصُرَ بينهم عادةً، ويَعْقِلُ أهلُ كُلِّ مِصْرٍ عنْ سَوادِهم وقُرَاهُمْ؛ لأنَّهم أَتباعٌ لهم».

قولُه: (وَمَنْ كَانَ مَنْزِلُهُ بِالْبَصْرَةِ، وَدِيوَانُهُ بِالْكُوفَةِ؛ عَقَلَ عَنْهُ أَهْلُ الْكُوفَةِ)، ذَكَرَه أيضًا على سبيلِ التَّفرِيعِ.

قالَ في «شرحِ الكافي»: «ومَنْ كانَ مَنزِلُه بالبَصْرةِ، وديوانُه بالكُوفةِ؛ عَقَلَ عنه أهلُ الكُوفةِ؛ لأنَّه في حَقِّ أهلِ الدِّيوانِ التّناصُرُ بأهلِ الدِّيوانِ، لَا بأهلِ القَرَابةِ، ولوْ أنَّ قومًا مِنْ أهلِ خُراسانَ أهلُ دِيوانٍ واحدٍ مختلِفِينَ في أنسابِهم منهم مَنْ له وَلاءٌ، ومنهم مَنْ له القُرْبُ[٢]، ومنهم مَنْ لَا وَلاءَ له، جَنَى بعضُهم جنايةً؛ عَقَلَ عنه أهلُ رايتِه، وأهلُ قيادتِه، وإنْ كانَ غيرُهم أقربَ إليه في النَّسَبِ؛ لأنَّ التَّناصُرَ بينهم بالرَّاياتِ لَا بالقَرَابةِ». كذا في «شرحِ الكافي».

---

(١) في الأصل: «خ: فيعقلونهم».

(٢) في الأصل: «القريب»، والمثبت من: «فا٢»، و«ن»، و«غ».

فَالْحَاصِلُ أَنَّ الِاسْتِنْصَارَ بِالدِّيوَانِ أَظْهَرُ فَلَا يَظْهَرُ مَعَهُ حُكْمُ النُّصْرَةِ بِالْقَرَابَةِ وَالنَّسَبِ وَالْوَلَاءِ وَقُرْبِ السُّكْنَىٰ وَغَيْرِهِ وَبَعْدَ الدِّيوَانِ النُّصْرَةُ بِالنَّسَبِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَعَلَىٰ هَذَا يَخْرُجُ كَثِيرٌ مِنْ صُوَرِ مَسَائِلِ الْمَعَاقِلِ.

وَمَنْ جَنَىٰ جِنَايَةً مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ، وَلَيْسَ لَهُ فِي الدِّيوَانِ عَطَاءٌ، وَأَهْلُ الْبَادِيَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ، وَمَسْكَنُهُ الْمِصْرُ؛ عَقَلَ عَنْهُ أَهْلُ الدِّيوَانِ مِنْ ذَلِكَ الْمِصْرِ لم يُشْتَرَطْ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِ الدِّيوَانِ قَرَابَةٌ، قِيلَ هُوَ صَحِيحٌ لِأَنَّ الَّذِينَ يَذُبُّونَ عَنْ أَهْلِ الْمِصْرِ وَيَقُومُونَ بِنُصْرَتِهِمْ وَيَدْفَعُونَ عَنْهُمْ أَهْلُ الدِّيوَانِ مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ وَلَا يَخُصُّونَ بِهِ أَهْلَ الْعَطَاءِ.

غاية البيان

قولُه: (وَقُرْبِ السُّكْنَىٰ)، أي: لَا يَظْهَرُ مع وُجودِ الدِّيوانِ حُكْمُ التَّناصُرِ بقُرْبِ السُّكْنَىٰ، كالتَّناصُرِ بالدُّرُوبِ.

قولُه: (وَغَيْرِهِ)، أشارَ به إلىٰ التَّناصُرِ بالحِرَفِ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ؛ فَعَاقِلَتُه قَبِيلَتُه)، وقدْ مَرَّ البيانُ مُسْتَوفًىٰ ثَمَّةَ.

قولُه: (وَمَنْ جَنَىٰ جِنَايَةً مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ، وَلَيْسَ لَهُ فِي الدِّيوَانِ عَطَاءٌ، وَأَهْلُ الْبَادِيَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ، وَمَسْكَنُهُ الْمِصْرُ[1]؛ عَقَلَ عَنْهُ أَهْلُ الدِّيوَانِ مِنْ [٨/٢٤٩و/م] ذَلِكَ الْمِصْرِ)، ذَكَرَه أيضًا علىٰ سبيلِ التَّفرِيعِ.

قالَ الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي» ﷺ: «ومَنْ جَنَىٰ جنايةً مِنْ أهلِ المِصْرِ، وليسَ له عطاءٌ، وأهلُ الباديةِ أَقربُ إليه، ومَسْكَنُه في المِصْرِ؛ عَقَل عنه أَهْلُ الدِّيوانِ مِنْ ذلكَ المِصْرِ، وإنْ لَمْ يَكُنْ له فيهم عَطاءٌ»[2].

(١) في الأصل: «في المصر»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٣٩].

وَقِيلَ تَأْوِيلُهُ إذَا كَانَ قَرِيبًا لَهُمْ، وَفِي الْكِتَابِ إشَارَةٌ إلَيْهِ حَيْثُ قَالَ: وَأَهْلُ الْبَادِيَةِ أَقْرَبُ إلَيْهِ مِنْ أَهْلِ مِصْرٍ، وَهَذَا لِأَنَّ الْوُجُوبَ عَلَيْهِمْ بِحُكْمِ الْقَرَابَةِ وَأَهْلُ الْمِصْرِ أَقْرَبُ مِنْهُمْ مَكَانًا فَكَانَتْ الْقُدْرَةُ عَلَى النُّصْرَةِ لَهُمْ وَصَارَ نَظِيرُ مَسْأَلَةِ الْغَيْبَةِ الْمُنْقَطِعَةِ.

وَلَوْ كَانَ الْبَدْوِيُّ نَازِلًا فِي الْمِصْرِ، لَا مَسْكَنَ لَهُ؛ لَا يَعْقِلُهُ أَهْلُ الْمِصْرِ؛

غاية البيان

اعلمْ: أنّ المشايخَ ﷺ اختلفُوا في هذه المسألةِ، فبعضُهم لَمْ يَشترطُوا أن يكونَ الجاني قَرِيبًا لأهلِ الدِّيوانِ، [بلْ][1] قالُوا: عَقَلُوا عنه، سواءٌ كانَ قَرِيبًا [لهم][2]، أوْ لَمْ يَكُنْ؛ لأنّه إذا كانَ بينَ ظَهْرانِيهم؛ صارَ كالعَدِيدِ والحَلِيفِ لهم.

وبعضُهم اشترطوا ذلكَ، وقالُوا: عَقَلُوا عنه إذا كانَ قريبًا لهم، وهوَ الأَصَحُّ، وإليه أشارَ الحاكِمُ ﷺ في الكتابِ حيثُ قالَ: «وأهلُ الباديةِ أَقْرَبُ إليه[3]، أيْ: أَقْرَبُ إليه نَسَبًا مِنْ أهلِ المِصْرِ؛ لأنّه إذا كانَ هكذا؛ اسْتَقامَ الوُجوبُ على أهلِ الدِّيوانِ باعتبارِ القَرَابةِ في النَّسَبِ، وإنْ لَمْ يَكُنْ له عَطاءٌ فيهم».

وذلكَ لأنّهم أقربُ مَكانًا، فكانُوا أَقدرَ على النُّصْرةِ، وإنْ كانَ أهلُ الباديةِ أقربَ نَسَبًا، وصارَ هذا بمنزلةِ صغيرةٍ لها وَلِيّانِ، أحدُهما أَقْرَبُ، وهوَ غائِبٌ غَيْبةً مُنقطِعةً، فإنَّ ولايةَ الإنكاحِ إلى الأبعدِ الحاضرِ؛ لأنّه أقدَرُ على إقامةِ مصالِحها، فهذا نظيرُ ذلكَ. كذا في «شرحِ الكافي».

قولُه: (وَلَوْ كَانَ الْبَدْوِيُّ نَازِلًا فِي الْمِصْرِ، لَا مَسْكَنَ لَهُ؛ لَا يَعْقِلُهُ أَهْلُ الْمِصْرِ)، وهذه المسألةُ وما بعدَها إلى قولِه: (وَعَاقِلَةُ الْمُعْتَقِ قَبِيلَةُ مَوْلَاهُ)، مِنْ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٣٩].

لِأَنَّ أَهْلَ الْعَطَاءِ لَا يَنْصُرُونَ مَنْ لَا مَسْكَنَ لَهُ فِيهِ، كَمَا أَنَّ أَهْلَ الْبَادِيَةِ لَا تَعْقِلُ عَنْ أَهْلِ الْمِصْرِ النَّازِلِ فِيهِمْ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَنْصِرُ بِهِمْ.

وَإِنْ كَانَ لِأَهْلِ الذِّمَّةِ عَوَاقِلُ مَعْرُوفَةٌ يَتَعَاقَلُونَ بِهَا، فَقَتَلَ أَحَدُهُمْ قَتِيلًا؛ فَدِيَتُهُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْلِمِ لِأَنَّهُمْ الْتَزَمُوا أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ فِي الْمُعَامَلَاتِ

غاية البيان

مسائلِ «الأصلِ»، ذُكِرَتْ علىٰ سبيلِ التَّفْريعِ، و[إنْ][1] لَمْ تُذْكَرْ في «البدايةِ».

قالَ في [٤٩١/٣ظ] «شرحِ الكافي»: «ولوْ كانَ البَدَوِيُّ نازِلًا في المِصْرِ، ليسَ له مَسْكَنٌ في المِصْرِ؛ لَا يَعْقِلُ عنه أهلُ العَطاءِ، كما أنَّ صاحبَ العَطاءِ لَا يَعْقِلُ عنه أهلُ الباديةِ إذا كانَ فيهم نازِلًا؛ لأنَّه [لا][2] يَنْتصِرُ بهم إذا لَمْ يَكُنْ مَسْكَنُه فيهم.

قولُه: (وَإِنْ كَانَ لِأَهْلِ[3] الذِّمَّةِ عَوَاقِلُ مَعْرُوفَةٌ يَتَعَاقَلُونَ بِهَا، فَقَتَلَ أَحَدُهُمْ قَتِيلًا؛ فَدِيَتُهُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْلِمِ).

قالَ في «شرحِ الكافي»: «وإذا كانَ لأهْلِ الذِّمَّةِ عاقلةٌ معروفةٌ يَتَعاقَلُونَ بها، فقَتَلَ أحدُهم قتيلًا خطأً؛ فدِيَتُه علىٰ عاقلتِه بمَنْزلةِ المُسلمِ؛ لأنَّهم في استِحقاقِ التَّخفيفِ في أمورِ الدنيا بمَنْزلةِ المسلمينَ لمُساوَاتِهم في المعاني العاصِمةِ عنِ الأضرارِ.

وإنْ لَمْ يَكُنْ لهم عاقلةٌ: ففي مالِه في ثلاثِ سنينَ مِنْ يومِ يُقْضَىٰ به كما في المسلمِ، هذا في حقِّ الذميِّ.

أمَّا المُسلِمُ إذا جَنَىٰ [جنايةً][4] [٢٤٩/٨ظ/م] وَلَمْ يكنْ له عاقلةٌ؛ فعَقْلُه في[5]

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«م»، و«غ»، و«ر».

(٣) في الأصل: «أهل»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٥) في الأصل: «على»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

لَا سِيَّمَا فِي الْمَعَانِي الْعَاصِمَةِ عَنِ الْإِضْرَارِ، وَمَعْنَى التَّنَاصُرِ مَوْجُودٌ فِي حَقِّهِمْ.

(وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُمْ عَاقِلَةٌ مَعْرُوفَةٌ فَالدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يُقْضَى بِهَا عَلَيْهِ) كَمَا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْوُجُوبَ عَلَى الْقَاتِلِ وَإِنَّمَا يَتَحَوَّلُ عَنْهُ إِلَى الْعَاقِلَةِ أَنْ لَوْ وُجِدَتْ، فَإِذَا لَمْ تُوجَدْ بَقِيَتْ بِمَنْزِلَةِ تَاجِرَيْنِ مُسْلِمَيْنِ فِي دَارِ الْحَرْبِ [٢٨١/د] قَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ؛ يُقْضَى بِالدِّيَةِ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّ أَهْلَ دَارِ الْإِسْلَامِ لَا يَعْقِلُونَ عَنْهُ، وَتَمَكُّنُهُ مِنْ هَذَا الْقَتْلِ لَيْسَ بِنُصْرَتِهِمْ.

غاية البيان

بيتِ المالِ، وهوَ الظاهرُ، وعنْ أبي حَنيفةَ ﷺ: أنه يَجِبُ في مالِ الجاني، وسَيجِيءُ ذلكَ عندَ قولِه: (قَالَ أَصْحَابُنَا: إِنَّ الْقَاتِلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ؛ فَالدِّيَةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ).

قولُه: (فِي الْمَعَانِي الْعَاصِمَةِ عَنِ الْإِضْرَارِ)، أرادَ بها: حَدَّ السَّرقةِ، والقَذْفَ، والقِصاصَ، وَوُجُوبَ الدِّيَةِ.

قولُه: (بِمَنْزِلَةِ تَاجِرَيْنِ مُسْلِمَيْنِ قَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ؛ يُقْضَى بِالدِّيَةِ عَلَيْهِ فِي مَالِه)، وإنَّما أطلقَ القَتْلَ ليشمَلَ العَمْدَ والخَطأَ؛ لأنَّ الدِّيةَ تَجبُ في مالِه، سواءٌ كانَ القتلُ عَمْدًا أو خَطأً؛ لأنَّ العاقلةَ لَا تَعْقِلُ جنايةً وَقَعَتْ في دارِ الحربِ، وبه صَرَّحَ الكَرْخِيُّ في «مختصرِه» في كتابِ السِّيَرِ.

قولُه: (وَتَمَكُّنُهُ مِنْ هَذَا الْقَتْلِ لَيْسَ بِنُصْرَتِهِمْ)، أي: تَمَكُّنُ أحدِ التاجرَيْنِ الدَّاخِلَيْنِ[1] في دارَ الحَرْبِ مِنْ[2] قَتْلِ صاحبِه، ليسَ بنُصْرةِ أهلِ الإسلامِ؛ فلَا يَعْقِلُ عنه أهلُ الإسلامِ، بَل تَجبُ الدِّيةُ في مالِه.

---

(١) في الأصل: «الداخلين»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

(٢) في الأصل: «وقتل»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

وَلَا يَعْقِلُ كَافِرٌ عَنْ مُسْلِمٍ، وَلَا مُسْلِمٌ عن كافرٍ لِعدَمِ التّناصُرِ وَالْكُفَّارُ يَتَعَاقَلُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مِلَلُهُمْ لِأَنَّ الْكُفْرَ كُلَّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ.

قَالُوا: هَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ الْمُعَادَاةُ فِيمَا بَيْنَهُمْ ظَاهِرَةً، أَمَّا إِذَا كَانَتْ ظَاهِرَةً كَالْيَهُودِ وَالنَّصَارَىٰ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَتَعَاقَلُونَ بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ لِانْقِطَاعِ التَّنَاصُرِ.

وَلَوْ كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ، وَلَهُ بِهَا عَطَاءٌ، فَجُعِلَ دِيوَانُهُ بِالْبَصْرَةِ، ثُمَّ رُفِعَ إِلَىٰ الْقَاضِي؛ فَإِنَّهُ يُقْضَىٰ بِالدِّيَةِ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ الْبَصْرَةِ.

وَقَالَ زُفَرُ: يُقْضَىٰ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّ الْمُوجِبَ هُوَ الْجِنَايَةُ وَقَدْ تَحَقَّقَ وَعَاقِلَتُهُ أَهْلُ الْكُوفَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا حُوِّلَ بَعْدَ الْقَضَاءِ.

غاية البيان

قولُه: (وَلَا يَعْقِلُ كَافِرٌ عَنْ مُسْلِمٍ، وَلَا مُسْلِمٌ عن كَافِرٍ لِعدَمِ التّناصُرِ)، وذلكَ لأنَّ بِناءَ العَقْلِ علىٰ التَّناصُرِ، ولَا تَناصُرَ معَ اختلافِ الدِّينِ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الإِسْبِيجابي رحمه الله: «ولا يَعْقِلُ مسلمٌ عنْ كافرٍ، ولَا كافرٌ عنْ مسلمٍ؛ لأنَّه لَا تناصُرَ بينهم، والكفارُ يَتَعاقَلُونَ فيما بينهم، وإنِ اختلفَتْ مِلَلُهم؛ لأنَّ الكُفْرَ كلُّه مِلّةٌ واحدةٌ، هذا إذا لَمْ تَكُن المُعَاداةُ بينهم ظاهرةً، أمّا إذا كانَتْ ظاهرةً كاليهودِ معَ النَّصارَىٰ؛ يَنبَغِي ألَّا يَعقِلَ بعضُهم بعضًا، وهكذا رُوِيَ عنْ أبي يُوسفَ». كذا في «شرحِ الكافي».

قولُه: (وَلَوْ كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ، وَلَهُ بِهَا عَطَاءٌ، فَجُعِلَ دِيوَانُهُ بِالْبَصْرَةِ، ثُمَّ رُفِعَ إِلَىٰ الْقَاضِي؛ فَإِنَّهُ يُقْضَىٰ بِالدِّيَةِ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ الْبَصْرَةِ.

وَقَالَ زُفَرُ: يُقْضَىٰ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله)،

وَلَنَا أَنَّ الْمَالَ إِنَّمَا يَجِبُ عِنْدَ الْقَضَاءِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ الْمِثْلُ وَبِالْقَضَاءِ يَنْتَقِلُ إِلَىٰ الْمَالِ، وَكَذَا الْوُجُوبُ عَلَىٰ الْقَاتِلِ وَتَتَحَمَّلُ عَنْهُ عَاقِلَتُهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَتَحَمَّلُ عَنْهُ مَنْ يَكُونُ عَاقِلَتَهُ عِنْدَ الْقَضَاءِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْقَضَاءِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ قَدْ تَقَرَّرَ بِالْقَضَاءِ فَلَا يَنْتَقِلُ بَعْدَ ذَلِكَ، لَكِنَّ حِصَّةَ الْقَاتِلِ تُؤْخَذُ مِنْ عَطَائِهِ بِالْبَصْرَةِ لِأَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنَ الْعَطَاءِ وَعَطَاؤُهُ بِالْبَصْرَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُلْت الْعَاقِلَةُ بَعْدَ الْقَضَاءِ عَلَيْهِمْ حَيْثُ يُضَمُّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ فِي النَّسَبِ، لِأَنَّ فِي النَّقْلِ إِبْطَالَ حُكْمِ الْأَوَّلِ فَلَا يَجُوزُ بِحَالٍ، وَفِي الضَّمِّ تَكْثِيرُ الْمُتَحَمِّلِينَ لِمَا قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِمْ فَكَانَ فِيهِ تَقْرِيرُ الْحُكْمِ الْأَوَّلِ لَا إِبْطَالُهُ.

غاية البيان

وذلكَ لأنَّ وُجوبَ العَقْلِ علىٰ العاقلةِ بجِنايةِ الجاني، وهوَ القَتْلُ[1] الصَّادرُ عنه، وحينَ وُجِدَتِ الجِنايةُ منه؛ كانَتْ عاقلتُه مِنْ أهلِ الكوفةِ، فلَا يَتحَوَّلُ العَقْلُ عنهم إلىٰ أهلِ البَصْرةِ [٢٩٢/٣و]، كما لو قَضَىٰ القاضي بالعَقْلِ علىٰ عاقلتِه مِنْ أهلِ الكُوفةِ، ثُمَّ جُعِلَ دِيوانُه بالبَصْرةِ، لَا يَتحَوَّلُ العَقْلُ إليهم، فكَذَا هذا.

ولنا: أنَّ الدِّيَةَ إنَّما تَجِبُ علىٰ العاقلةِ بالقَضاءِ؛ لأنَّ الوُجوبَ لَا يَتعَيَّنُ عليهم قَبْلَ القضاءِ علىٰ ما مَرَّ بيانُه، والجاني يومَ القضاءِ مِنْ أهلِ البصرةِ، فيَجِبُ العَقْلُ علىٰ عاقلتِه مِنْ أهلِ البَصْرةِ، بخِلافِ ما إذا [٢٥٠/٨و/م] قُضِيَ بالدِّيةِ علىٰ عاقلتِه مِنْ أهلِ الكُوفةِ، ثُمَّ حُوِّلَ عطاؤُه إلىٰ دِيوانِ البَصْرةِ، كانَتِ الدِّيةُ علىٰ عاقلتِه مِنْ أهلِ الكُوفةِ لَا تَنتَقِلُ عنهم؛ لأنَّ الوجوبَ قدْ تَقرَّرَ عليهم بالقضاءِ، ولكنْ يُؤخَذُ في حِصَّةِ القاتِلِ مِنْ عطائِه بالبَصْرةِ؛ لأنَّ الدِّيَةَ تُؤخَذُ منَ العطاءِ، وعطاؤُه بالبصرةِ.

ولوْ قَلَّتِ العاقلةُ بعدَ القضاءِ عليهم، وقدْ أُخِذَ البَعْضُ منهم؛ ضُمَّ إليهم أَقرَبُ القبائلِ منهم في النَّسَبِ، ولَا يُشْبِه قِلَّتُهُمْ تحويلَه إلىٰ بلدٍ آخرَ، حيثُ يَجُوزُ إلحاقُ

(١) في الأصل: «القاتل»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

وَعَلَىٰ هَذَا لَوْ كَانَ الْقَاتِلُ مَسْكَنُهُ بِالْكُوفَةِ، وَلَيْسَ لَهُ عَطَاءٌ، فَلَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ حَتَّىٰ اسْتَوْطَنَ الْبَصْرَةَ؛ قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَلَىٰ أَهْلِ الْبَصْرَةِ.

وَلَوْ كَانَ قَضَىٰ بِهَا عَلَىٰ أَهْلِ الْكُوفَةِ لَمْ يَنْتَقِلْ عَنْهُمْ، وَكَذَا الْبَدْوِيُّ إِذَا أُلْحِقَ بِالدِّيَوَانِ بَعْدَ الْقَتْلِ قَبْلَ الْقَضَاءِ يُقْضَىٰ بِالدِّيَةِ عَلَىٰ أَهْلِ الدِّيوَانِ، وَبَعْدَ الْقَضَاءِ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ بِالْبَادِيَةِ لَا يَتَحَوَّلُ عَنْهُمْ. [٢٨٢/و]

وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ قَوْمٌ مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ؛ قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَلَيْهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، ثُمَّ جَعَلَهُمُ الْإِمَامُ فِي الْعَطَاءِ، حَيْثُ تَصِيرُ الدِّيَةُ فِي

غاية البيان

قَوْمٍ بهم بعدَ القضاءِ عليهم بعِلَّةِ القِلَّةِ، ولَا يَجُوزُ النَّقْلُ بعدَ القضاءِ مِنْ بلدٍ إلىٰ بلدٍ.

والفَرْقُ ظاهِرٌ؛ لأنَّ في النَّقلِ إبطالَ الحُكْمِ الأَوَّلِ، فلَا يَجُوزُ بحالٍ، وفي الضَّمِّ تَكْثِيرُ المُتَحَمِّلِينَ لِمَا قُضِيَ مِنَ الواجبِ عليهم، فكانَ فيه تَقْرِيرُ الحُكْمِ الأَوَّلِ لَا إبطالُه. كَذَا ذَكَرَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجابيُّ رحمه الله في «**شرحِ الكافي**».

قولُه: (وَعَلَىٰ هَذَا لَوْ كَانَ الْقَاتِلُ مَسْكَنُهُ بِالْكُوفَةِ، وَلَيْسَ لَهُ عَطَاءٌ، فَلَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ حَتَّىٰ اسْتَوْطَنَ الْبَصْرَةَ؛ قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَلَىٰ أَهْلِ الْبَصْرَةِ)، أَيْ: علىٰ الحُكْمِ المذكورِ.

يَعْنِي: لوْ قُضِيَ بالدِّيةِ علىٰ أهلِ الكوفةِ، لَمْ يَتَحَوَّلْ بعدَ ذلكَ إلىٰ أهلِ البَصْرةِ، ولوْ لِمَ يُقْضَ عليهم حتَّىٰ اسْتَوْطَنَ البصرةَ تَحَوَّلَ إلىٰ أهلِ البصرةِ، وكذا البَدَوِيُّ إذا أُلْحِقَ بالدِّيوانِ بعدَ القتلِ قبلَ القضاءِ؛ يُقْضَىٰ بالديةِ علىٰ أهلِ الدِّيوانِ، وبعدَ القضاءِ علىٰ عاقلتِه بالباديةِ لم يَتَحَوَّلْ عنهم إلىٰ أهلِ الدِّيوانِ.

قولُه: (وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ قَوْمٌ مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ؛ قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَلَيْهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، ثُمَّ جَعَلَهُمُ الْإِمَامُ فِي الْعَطَاءِ، حَيْثُ تَصِيرُ الدِّيَةُ فِي

أَعْطِيَاتِهِمْ ، وَإِنْ كَانَ قُضِيَ بِهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ فِي أَمْوَالِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَقْضُ الْقَضَاءِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ قَضَىٰ بِهَا فِي أَمْوَالِهِمْ وَأَعْطِيَاتُهُمْ أَمْوَالُهُمْ ، غَيْرَ أَنَّ الدِّيَةَ تُقْضَىٰ مِنْ أَيْسَرِ الْأَمْوَالِ أَدَاءً ، وَالْأَدَاءُ مِنْ الْعَطَاءِ أَيْسَرُ إذَا صَارُوا مِنْ أَهْلِ الْعَطَاءِ إلَّا إذَا لَمْ يَكُنْ مَالُ الْعَطَاءِ مِنْ جِنْسِ مَا قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِ بِأَنْ كَانَ الْقَضَاءُ بِالْإِبِلِ وَالْعَطَاءُ دَرَاهِمَ فَحِينَئِذٍ لَا تَتَحَوَّلُ إلَىٰ الدَّرَاهِمِ أَبَدًا لِمَا فِيهِ مِنْ إبْطَالِ الْقَضَاءِ الْأَوَّلِ، لَكِنْ يُقْضَىٰ ذَلِكَ مِنْ مَالِ الْعَطَاءِ لِأَنَّهُ أَيْسَرُ.

غاية البيان

أَعْطِيَاتِهِمْ ، وَإِنْ كَانَ قُضِيَ بِهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ فِي أَمْوَالِهِمْ) ، أي: هذا الَّذي قُلْنا مِنْ عَدَمِ انتِقالِ العَقْلِ عنْ أهلِ الكُوفةِ بعدَ القضاءِ عليهم إلىٰ أهلِ البَصْرةِ ، بخِلافِ ما إذا قُضِيَ علىٰ قَوْمٍ مِنْ أهلِ الباديةِ بالدِّيَةِ في أموالِهم ، ثُمَّ صارَ لهم عَطَاءٌ ، حيثُ تَنتَقِل الدِّيَةُ إلىٰ عَطائِهم.

وبيانُه: فيما قالَ شيخُ الإسلام علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «ولوْ أَنَّ قومًا منْ أهلِ البادِيةِ قُضِيَ عليهم بالدِّيةِ في أموالِهم ثلاثَ سنينَ، فأَدُّوا الثُّلُثَ ، أو الثُّلُثَيْنِ ، أوْ لَمْ يُؤَدُّوا شيئًا حتَّىٰ جَعَلَهم الإمامُ في العطاءِ ؛ صارَتِ الدِّيَةُ عليهم في أَعْطِياتِهم ، وإنْ كانَ قُضِيَ أَوّل مَرَّةٍ [٨/٢٥٠ظ/م] في أموالِهم ؛ لأنَّه ليسَ في جَعْلِ الديةِ في أَعْطِياتِهم نَقْضُ [٣/٤٩٢ظ] القضاءِ الأَوّلِ ؛ لأنَّه قُضِيَ بالدِّيةِ عليهم في أموالِهم ، وأَعْطِياتُهم أموالُهم غَيْر أَنَّ الدّيَةَ تُؤَدَّىٰ مِن أَيْسَرِ الأموالِ، والأداءُ مِنَ العطاءِ في حالِ صَارُوا مِنْ أهلِ العطاءِ أَيْسَرُ.

وهذا إذا كانَ مالُ العَطاءِ منْ جِنْسِ ما قُضِيَ به عليهم ، بأنْ قُضِيَ بالدراهِمِ، أو بالدنانيرِ ، والعَطاءُ دراهمُ. أمَّا إذا لَمْ يَكُنْ منْ جِنْسِه ، بأنْ قُضِيَ بالإبلِ والعَطاءُ دَراهمُ ؛ لَمْ يَتَحَوَّلِ العَقْلُ إلىٰ دراهمَ أبدًا ؛ لأنَّه لوْ تَحَوَّلَ إلىٰ الدراهمِ يُؤَدِّي إلىٰ إبطالِ القَضاءِ الأَوَّلِ ، ولكنْ تُؤَدَّىٰ الإبلُ مِنْ مالِ العَطاءِ ، بأَنْ تُشْتَرَىٰ الإبلُ منْ مالِ

قَالَ: وَعَاقِلَةُ الْمُعْتَقِ قَبِيلَةُ مَوْلَاهُ؛ لِأَنَّ النُّصْرَةَ بِهِمْ يُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَوْلُهُ - ﷺ - «مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ».

غاية البيان

العطاءِ؛ لأنَّ الأداءَ منه أَيْسَرُ». كذا في «شرحِ الكافي».

قولُه: (قَالَ: وَعَاقِلَةُ الْمُعْتَقِ قَبِيلَةُ مَوْلَاهُ)، وذلكَ لأنَّ تَحمُّل الدِّيَةِ بالنُّصْرةِ، وذلكَ يَحْصُلُ للمُعْتَقِ مِن جِهَةِ مَوْلاهُ وقبيلةِ مَوْلَاهُ، وقدْ دَلَّ على ذلكَ أيضًا قولُه ﷺ: «مَوْلَى القَوْمِ مِنْهُمْ»[١].

قالَ الحاكمُ الشهيدُ رحمه الله **في «الكافي»**: «إذا كانَتِ المرأةُ حُرَّةً مَوْلاةً لبني تَميمٍ تحتَ عَبْدٍ لرَجُلٍ مِن هَمْدانَ، فولدَتْ ولدًا، فجَنَى جِنايةً؛ فعاقِلةُ الابنِ عاقِلةُ أُمِّه مِن بَني تَميمٍ؛ لأنَّه مَوْلَى لقَوْمِ أُمِّه، فإنْ لَمْ يَقْضِ القاضي بالجِنايةِ على عاقلةِ الأُمِّ حتَّى عَتَقَ الأبُ فإنَّ القاضيَ يُحَوِّل ولاءَه إلى مَوالي أبيه على ما عُرِفَ في كتابِ الوَلاءِ.

ولكنْ يُقْضَى بالجِنايةِ الَّتي قدْ جَنَاهَا على عاقلةِ الأُمِّ [لا يُحَوِّلُها][٢] عنهم؛ لأنَّه يَصِيرُ مَوْلَى لقَوْمِ أبيه عندَ عَتْقِ أبيه؛ لأنَّه إنَّما صارَ الأبُ مِنْ أهلِ الوَلاءِ يَوْمَئذٍ، والجِنايةُ قدْ تقدَّمَتْ هذه الحالةَ، فلَا يَسْتَقِيمُ إلزامُها على قَوْمِ الأَبِ، وَلَمْ يَكُنْ مَوْلَى لهم وَقْتَ الجِنايةِ.

بخِلافِ ما إذا قَتَل ابنُ المُلَاعَنةِ رَجُلًا خَطَأً؛ تَعْقِلُ عنه عاقِلةُ الأمِّ؛ لأنَّ نسبَه ثابِتٌ منَ الأمِّ، فإنْ عَقَلوا عنه، ثم ادَّعاهُ الأَبُ؛ رَجَعَتْ عاقلةُ الأُمِّ بما أَدَّتْ على عاقلةِ الأبِ في ثلاثِ سنينَ مِنْ يومِ يَقْضِي القاضي لعاقلةِ الأُمِّ على عاقلةِ الأَبِ، ولَا يُلتَفَتُ إلى ما مَضَى منَ السنينَ بعدَ دِعْوةِ الأَبِ.

وإنَّما رَجعُوا عليهم؛ لأنَّه تَبيَّنَ أنَّ الدِّيَةَ واجِبةٌ عليهم؛ لأنَّه عندَ إكذابِ الأَبِ

---

(١) مضى تخريجه بهذا اللفظ.

(٢) في الأصل: «ولا يحولهما»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

....

نفسَه يَظهَرُ أنَّ النَّسَبَ لَمْ يَزَلْ كانَ ثابتًا منَ الأبِ؛ لأنَّ دليلَ النَّسَبِ في حَقِّ الأبِ كانَ قائمًا، ولكنْ قُطِعَ مع هذا بحُكْمِ التَّلاعُنِ، فمَتىٰ بَطَلَ حُكْمُ اللِّعانِ مِنَ الأَصْلِ بإِكْذابِ نَفْسِه؛ ظَهَرَ [٨/٢٥١و/م] حُكْمُ النَّسَبِ منَ الأصلِ ضرورةً.

ومتىٰ ظَهرَ هكذا تَبيَّنَ أنَّ قَوْمَ الأُمِّ تَحمَّلوا عنْ قَوْمِ الأَبِ، وهم مُضْطَرُّونَ في ذلكَ، بإلزامِ القاضي، ويَرْجِعُونَ عليهم، فإنَّ[1] مَنْ أَدَّىٰ دَيْنَ غيرِه، وهوَ مُضْطَرٌّ في ذلكَ؛ يَرْجعُ عليه، وبخِلافِ ما إذا ماتَ المكاتَبُ عنْ وفاءٍ وله وَلَدٌ حُرٌّ، فلَمْ يُؤَدِّ كتابتَه حتَّىٰ جَنَىٰ ابنُه، فعَقَلَ عنه قَوْمُ أُمِّه، ثُمَّ أُدِّيَتِ الكتابةُ؛ لأنَّه عندَ الأداءِ يَنْجَرُّ ولاؤُه إلىٰ قَوْمِ الأَبِ مِنْ وَقْتِ حُرِّيةِ الأَبِ، وإنَّما يُحْكَمُ بحُرِّيتِه في آخرِ حياتِه، فتَبيَّنَ أنَّ قَوْمَ الأُمِّ عَقَلَوا عنهم، فيَرْجِعُونَ عليهم.

وفَرْقٌ بينَ هذه المسألةِ، وبينَ ما إذا كانَ مِنْ أهلِ مِصْرٍ فجَنَىٰ، ثُمَّ تَحوَّلَ إلىٰ مِصْرٍ آخرَ، ثُمَّ قَضَىٰ القاضي بالجِنايةِ؛ فإنَّ القاضيَ يَقضِي بالجِنايةِ [٣/٤٩٣و] علىٰ القومِ الَّذينَ تَحوَّلَ إليهم، ولَا يُنْظَرُ إلىٰ وَقْتِ الجِنايةِ، وفيما نحنُ فيه يُنْظَرُ إلىٰ وَقْتِ الجِنايةِ.

والفرقُ: أنَّ ولاءَه ثابِتٌ مِنْ قومِ الأبِ، ومِنْ قَوْمِ الأُمِّ، وإنَّما يَستَقِيمُ التَّرجِيحُ لقَوْمِ الأبِ إذا أَمكَنَ إثباتُ حُكْمِ التَّرجِيحِ، ولَا يُمْكِنُ[2] هاهُنا؛ لعَدَمِ وَلاءِ الأَبِ أَصْلًا عندَ الجِنايةِ.

والحاصِلُ: أنَّ حالةَ الجِنايةِ مُرَاعًىٰ، وحالةُ الوُجوبِ مُرَاعًىٰ، وعلىٰ اعتبارِ الحالتَيْنِ الوُجوبُ علىٰ قَوْمِ الأُمِّ أَوْلَىٰ؛ لأنَّه مَوْلًىٰ لهم مِنْ كُلِّ وَجْهٍ عندَ الجِنايةِ،

---

(١) في الأصل: «بأنّ»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) في الأصل: «يلزم»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

قَالَ: وَمَوْلَى الْمُوَالَاةِ يَعْقِلُ عَنْهُ مَوْلَاهُ وَقَبِيلَتُهُ؛ لِأَنَّهُ وَلَاءٌ يَتَنَاصَرُ بِهِ فَأَشْبَهَ

غاية البيان

ومِنْ وَجْهٍ عندَ القَضاءِ، وفي أهلِ المِصْرَيْنِ كلُّ واحدٍ منَ الفريقَيْنِ عاقِلةٌ في حالٍ دونَ حَالٍ، فصارَ اعتبارُ حالةِ الحُكْمِ أَوْلَى[١]. كذا في «شرحِ الكافي».

قولُه: (قَالَ: وَمَوْلَى الْمُوَالَاةِ يَعْقِلُ عَنْهُ مَوْلَاهُ وَقَبِيلَتُهُ)، أَيْ: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[٢].

وقالَ الشَّافعيُّ رضي الله عنه: لَا يَجِبُ عليهم[٣].

لنا: أنَّه وَلاءٌ يُتناصَرُ به، فجازَ أن يُتَحَمَّلَ به الدِّيَةُ كَوَلاءِ العَتَاقَةِ، وهذه المسألةُ مَبْنِيَّةٌ علىٰ [أنَّ عَقْدَ][٤] المُوَالاةِ صَحيحٌ عندنا، يَرِثُ كلُّ واحدٍ صاحبَه، ويَنْصُرُه خِلافًا للشَّافعيِّ رحمه الله[٥].

قالُوا: نَوْعُ عَقْدٍ، فلَا يَكُون سببًا لتَحَمُّلِ العَقْلِ كسائرِ العُقُودِ.

قُلنا: لَا يَمْتَنِعُ أنْ يُفارِقَ هذا العَقْدُ سائِرَ العُقودِ في التَّحمُّلِ والإِرْثِ، كما أَنَّ النِّكاحَ فارَقَ الإجارةَ وغيرَها في الإِرْثِ، ثُمَّ سائِرُ العُقُودِ لَا تَنعَقِدُ علىٰ النُّصْرةِ، والمِيراثُ لَا يَتَضَمَّنُهما[٦]، وهذا العَقْدُ يَتضَمَّنُ التَّوارُثَ والتَّناصُرَ.

فإنْ قِيلَ: ليسَ بينهما قَرَابةٌ، فلَا يَتحَمَّلُ أحدُهما عنْ صاحبِه الدِّيَةَ كالأَجنبيِّ.

قيلَ له: الأجنبيُّ إنْ كانَ يَنتَصِرُ القاتلُ به يَتحَمَّلُ عنه عندَنا كأَهْلِ الدِّيوانِ [٨/٢٥١ظ/م]، وإنْ كانَ لَا يَنتَصِرُ به لَا يَتحَمَّلُ عنه، والفرقُ بينهما: وُجودُ النُّصْرةِ في

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٣٩].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٩٤].

(٣) ينظر: «مختصر المزني» [٨/٣٥٥]، و«روضة الطالبين» للنووي [٩/٣٤٩].

(٤) في الأصل: «عقده»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

(٥) ينظر: «العزيز شرح الوجيز» للرافعي [١٣/٣٨٦].

(٦) في الأصل: «يتضمنها»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

وَلَاءَ الْعَتَاقَةِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ ....

غاية البيان

أحدِهما دونَ الآخرِ.

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجابي ﷺ في «شرحِ الكافي»: «حَرْبِيٌّ أَسلَمَ ووَالَىٰ مُسْلِمًا في دارِ الإسلامِ، ثُمَّ جَنَىٰ جِنايةً؛ عَقَلَ عنه عاقِلةُ الَّذي وَالَاهُ، فإنْ عَقَلُوا عنه، أوْ لَمْ يُقْضَ بها حَتَّىٰ أُسِرَ أَبوه مِنْ دارِ الحَرْبِ، فاشْتراه رَجُلٌ فأعتقَه؛ جَرَّ ولاءَ ابنِه، وصارَ مَوْلًىٰ لمَوَالِي أبيه، ولَا يَرْجِعُ عاقلةُ الَّذي [كانَ][1] ولاؤُه علىٰ عاقلةِ مَوَالِي الأَبِ؛ لأنَّه أَمْرٌ حادِثٌ، وإنْ لَمْ يَكُنْ قُضِيَ بها عليهم، فكذلكَ الجوابُ؛ لأنَّه يومَ الجِنايةِ كانَ مَوْلًىٰ لهم.

وكذلكَ لوْ حَفَر بِئْرًا قبلَ أنْ يُؤْسَرَ أَبواهُ، ثُمَّ وَقَعَ فيها إنسانٌ بعدَ عِتْقِه، فذلكَ علىٰ عاقلةِ الَّذي وَالَاهُ دُونَ عاقلةِ أبيه؛ لأنَّ حالةَ الجِنايةِ هيَ حالةُ الحَفْرِ، وقدْ وُجِدَ يومئذٍ، وهوَ مَوْلًىٰ لهم».

وقالَ أيضًا: «ذِمِّيٌّ أَسْلَم وَلَمْ يُوالِ أَحَدًا حتَّىٰ قَتَل قتيلًا خَطَأً، فَلَمْ يُقْضَ به حتَّىٰ وَالَىٰ رَجُلًا منْ بني تَميمٍ، ثُمَّ جَنَىٰ جِنايةً أُخْرَىٰ؛ فإنَّه يُقْضَىٰ بالجِنايتَيْنِ علىٰ بيتِ المالِ، ويُجْعَلُ ولاؤُه لجماعةِ المسلمينَ، ويَبْطُلُ ولاؤُه الَّذي وَالاهُ؛ لأنَّه لَمَّا جَنَىٰ جِناية لَزِمَ حُكْمُ ذلكَ جماعةَ المسلمينَ؛ لأنَّه مَوْلًىٰ لجميعِ المسلمينَ، وقدْ تَأَكَّدَ ذلكَ بلُزومِ حُكْمِ الجِنايةِ إيَّاهم، فلَا يَقْدِرُ أنْ يَتَحوَّلَ بوَلَائِه إلىٰ غيرِهم، كما [٣/٤٩٣ظ] لو وَالَىٰ رَجُلًا ثُمَّ جَنَىٰ، [ثم وَالَىٰ آخرَ][2]؛ لَا يَصِحُّ ولاؤُه مع غيرِه.

أَلا تَرَىٰ أنَّ القاضيَ يَقْضِي بحُكْمِ الجِنايةِ علىٰ بيتِ المالِ؛ لأنَّه كانَ مَوْلًىٰ لهم يومئذٍ، فَيَتَقَرَّرُ حُكْمُ ولائِه مِنَ المسلمينَ منْ يومئذٍ، فتبَيَّنَ أنَّه وَالَىٰ غيرَهم،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«ر»، و«فا٢»، و«م».

(٢) في الأصل: «ولي الآخر»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَقَدْ مَرَّ فِي الوَلَاءِ.

وَلَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَتَعْقِلُ(١) نِصْفَ الْعُشْرِ فَصَاعِدًا.

غاية البيان

وهوَ مَوْلًى لهم علىٰ اللُّزُومِ، فكانَ باطِلًا».

قولُه: (وَقَدْ مَرَّ فِي الوَلَاءِ)، يَعْنِي: أنَّ عَقْدَ المُوالاةِ ليسَ بشيءٍ عندَ الشَّافعيِّ ﵁.

قولُه: (وَلَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَتَعْقِلُ نِصْفَ الْعُشْرِ فَصَاعِدًا)، وهذه منْ مسائلِ القُدُورِيِّ ﵀(٢).

وذلكَ لِمَا قالَ محمَّدٌ ﵀ في كتابِ «الآثارِ»: أَخْبَرَنا أبو حَنِيفةَ عنْ حَمَّادٍ عنْ إِبْرَاهِيمَ، قالَ: «لَا تَعْقِلُ العاقِلةُ في أَدْنَىٰ مِنَ المُوضِحَةِ»(٣). وأَرْشُ المُوضِحةِ: نِصْفُ [٢٥٢/٨و/م] عُشْرِ بَدَلِ النَّفْسِ.

وذكَرَ أصحابُنا ﵏ في كُتُبِهم: عنِ ابنِ عبَّاسٍ ﵄ موقوفًا ومرفوعًا قالَ: «لَا تَعْقِلُ الْعَوَاقِلُ عَمْدًا، وَلَا عَبْدًا، وَلَا صُلْحًا، وَلَا اعْتِرَافًا، وَلَا مَا دُونَ أَرْشِ الْمُوضِحَةِ»(٤).

ولكنْ ذكَرَ أبو عُبيدٍ هذا الحديثَ بإسنادِهِ إلىٰ الشَّعْبِيِّ ﵁، وجعَلَه منْ كلامِه، وَلَمْ يَذْكُرْ فيه قولَه: «وَلَا مَا دُونَ أَرْشِ الْمُوضِحَةِ». قالَ: حَدَّثَنا عَبْدُ الله بن إِدْرِيسَ، عن مُطَرِّفٍ، عنِ الشَّعْبِيِّ ﵁ قالَ: «لَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ عَمْدًا، وَلَا عَبْدًا، وَلَا صُلْحًا، وَلَا اعْتِرَافًا»(٤).

قولُه: «عَمْدًا»، يَعْنِي: أنَّ كلَّ جنايةٍ عمدًا ليسَتْ بخطأٍ، فإنَّها في مالِ الجاني

(١) في حاشية الأصل: «خ، أصح: وتتحمل».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٩٤].
(٣) أخرجه: محمد بن الحسن في «الآثار» [٤٩٨/٢ / طبعة: دار النوادر]، بهذا الإسناد به.
(٤) مضىٰ تخريجه.

وَالْأَصْلُ فِيهِ حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ مَوْقُوفًا عَلَيْهِ وَمَرْفُوعًا إِلَىٰ رَسُولِ اللهِ ـ ﷺ ـ «لَا تَعْقِلُ الْعَوَاقِلُ عَمْدًا وَلَا عَبْدًا وَلَا صُلْحًا وَلَا اعْتِرَافًا وَلَا مَا دُونَ

[خاصَّةً][1].

وكذلكَ الصُّلْحُ ما اصْطَلَحُوا عليه مِنَ الجِناياتِ في الخطأِ، فهوَ أيضًا في مالِ الجاني.

وكذلكَ الاعترافُ إذا اعْتَرفَ الرَّجُلُ بالجِنايةِ مِنْ غيرِ بَيِّنةٍ تَقُومُ عليه فإنَّها في مالِه، وإنِ ادَّعَىٰ أنَّها خطأٌ؛ لأنَّه لَا يُصَدَّقُ الرَّجلُ علىٰ العاقلةِ.

وأمَّا قولُه: «وَلَا عَبْدًا»، قالَ أبو عُبيدٍ: «فإنَّ النَّاسَ قدِ اختلفُوا في تأويلِه، فقالَ [لي][2] محمَّدُ بنُ الحَسَنِ رحمه الله: إنَّما مَعْناهُ: أَنْ يَقْتُلَ العبدُ حُرًّا، فليسَ علىٰ عاقلةِ مَوْلاهُ شَيْءٌ مِنْ جنايةِ عبْدِه، إنَّما جنايتُه في رقبتِه أنْ يَدْفعَه إلىٰ المَجْنِيِّ عليه أوْ يَفْدِيَه.

واحتجَّ محمَّدٌ رحمه الله في ذلكَ: بشيءٍ رَواهُ عنِ ابنِ عبَّاسٍ رضي الله عنهما، قالَ محمَّدٌ: حدَّثَنِي عبدُ الرحمنِ بنُ [أبي الزِّنَادِ][3] عنْ أبيه عنْ عُبيدِ اللهِ بنْ عبدِ اللهِ بنِ عُتْبَةَ بنِ مسعودٍ عنِ ابنِ عبَّاسٍ رضي الله عنهما قالَ: «لَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ عَمْدًا، وَلا صُلْحًا، وَلا اعْتِرَافًا، وَلا مَا جَنَىٰ الْمَمْلُوكُ»[4].

قالَ محمَّدٌ رحمه الله: أفلا تَرَىٰ أنَّه قدْ جَعلَ الجِنايةَ جِنايةَ المملوكِ، وهذا قولُ أبي حَنيفةَ رضي الله عنه.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«ن»، و«غ»، و«م»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «غريب الحديث» لأبي عُبيد.

(٣) في الأصل: «زياد»، والمثبت من: «فا٢»، و«م»، وهو الموافق لِمَا وقَع في: «غريب الحديث» لأبي عُبيد.

(٤) مضىٰ تخريجه.

أَرْشِ الْمُوضِحَةِ» وَأَرْشُ الْمُوضِحَةِ نِصْفُ عُشْرِ بَدَلِ النَّفْسِ، وَلِأَنَّ التَّحَمُّلَ لِلتَّحَرُّزِ عَنِ الْإِجْحَافِ وَلَا إِجْحَافَ فِي الْقَلِيلِ وَإِنَّمَا هُوَ فِي الْكَثِيرِ، وَالتَّقْدِيرُ الْفَاصِلُ عُرِفَ بِالسَّمْعِ.

غاية البيان

وقالَ ابنُ أبي لَيْلَىٰ ﵀: إنَّما معناه: أنْ يكونَ العَبْدُ يُجْنَىٰ عليه يَقتُله حُرٌّ، أو يَجْرَحُه، يَقُولُ: ليسَ علىٰ عاقلةِ الجاني شيءٌ، إنَّما ثَمَنُه في مالِه خاصَّةً»(١).

قالَ أبو عبيدٍ: «فذاكَرْتُ الأَصْمَعِيَّ ﵀ في ذلكَ، فإذا هوَ يَرَىٰ القولَ فيه قولَ ابنِ أبي لَيْلَىٰ علىٰ كلامِ العَرَبِ، ولَا يَرَىٰ قولَ أبي حنيفةَ جائزًا، يَذْهَبُ إلىٰ أنَّه لوْ كانَ المَعْنىٰ علىٰ ما قالَ؛ لكانَ الكلامُ: لَا تَعْقِلُ العاقلةُ عنْ عَبْدٍ، وَلَمْ يَكُنْ: ولَا تَعْقِلُ عبدًا»(٢). إلىٰ هنا لفظُ أبي عُبيدٍ ﵀.

يَعْنِي: يُقالُ في كلامِ العربِ: عَقَلْتُ القَتيلَ إذا أَعطيْتَ دِيَتَه، وعَقَلْتُ عنْ فلانٍ إذا لَزِمَتْه دِيَةٌ، فأَعْطَيْتها [٣/٣٩٤و] عنه.

[٨/٢٥٢ظ/م] **قُلْتُ**: نَعَمْ يُقالُ ذلكَ كذلكَ، ولكِنْ يُسْتَعْملُ عَقَلْتُه في معنىٰ عَقَلْتُ عنه أيضًا؛ لأنَّ سِياقَ الحديثِ وهوَ قولُه: «**لَا تَعْقِل العاقِلةُ عَمْدًا**»، وسياقُه وهوَ قولُه: «**وَلَا صُلْحًا وَلَا اعْتِرَافًا**»، يُدِلَّانِ علىٰ ذلكَ؛ لأنَّه في مَعْنىٰ [عن](٣) عَمْدٍ، وعنْ صُلْحٍ، وعنِ اعترافٍ، وحديثُ ابنِ عبَّاسٍ أَقْوىٰ دليل فيما ذهَبْنا إليه؛ لأنَّه جَعلَ الجاني [مَمْلوكًا](٣)، فافهَم.

قولُه: (**وَلِأَنَّ التَّحَمُّلَ لِلتَّحَرُّزِ عَنِ الْإِجْحَافِ**)، هذا دليلٌ عَقْلِيٌّ علىٰ أنَّ العاقلةَ لَا تَتحَمَّل ما دُونَ أَرْشِ المُوضِحَةِ.

---

(١) ينظر: «غريب الحديث» لأبي عُبيد [٤/٤٤٥، ٤٤٦].

(٢) ينظر: المصدر السابق [٤/٤٤٦].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

قَالَ: وَمَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ ؛ يَكُونُ فِي مَالِ الْجَانِي.

غاية البيان

يَعْنِي: أنَّ تحَمُّلَ العاقلةِ للأَرْشِ للتخفيفِ على القاتلِ، كَيْلَا يَلْزَمَ الإِجْحافُ به بإيجابِ المالِ الكثيرِ، ولَا يَلْزَمُ الإِجْحافُ في المالِ القليلِ، فلَا تَتحَمَّلُ ما دُونَ أَرْشِ المُوضِحةِ، وإنَّما ثَبَتَ الفَضْلُ في أَرْشِ المُوضِحَةِ وما دونَه في التَّحَمُّلِ وعَدَمِهِ بالسَّمْعِ، وهوَ ما ذكَرْنا مِنْ حديثِ إبراهيمَ وغيرِه ﷺ، نحوَ إيجابِ الغُرَّةِ على العاقلةِ في الجَنِينِ، وهوَ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ.

ويَدُلُّ عليه منْ جِهَةِ النَّظَرِ: أنَّ ما دُونَ المُوضِحةِ ليسَ له أَرْشٌ مُقَدَّرٌ في نفسِه، [فأَشْبَه ضَمانَ الأموالِ لَمَّا لَمْ يَكُنْ لها تقديرٌ في أنْفسِها، لَزِمَ في مالِه دونَ عاقلتِه، وما كانَ لها أَرْشٌ مُقَدَّرٌ في نفسِه][1]، فهوَ مُشَبَّه للنَّفْسِ لكونِه مُقَدّرًا في نفسِه، فكانَ على العاقلةِ.

فإنْ قِيلَ: أَرْشُ الأُنْملةِ مُقَدَّرٌ، وهوَ ثُلُثُ دِيَةِ الأُصْبُعِ، فيَنْبَغِي أنْ تَحْمِلَه العاقلةُ.

قيلَ له: ليسَ أَرْشُها مُقَدّرًا بنفسِها، بَل هوَ مُقَدَّرٌ بغيرِها، وهوَ الأُصْبُعُ، ونحنُ إنَّما شَبَّهْنا ما دونَ المُوضِحةِ بالأموالِ مِن حيثُ لَمْ يَكُنْ له أَرْشٌ مُقَدَّرٌ بنفسِه، يُقال: أَجْحَفَ به. أَيْ: أَهْلَكَه واسْتَأْصَلَه.

قولُه: (قَالَ: وَمَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ ؛ يَكُونُ فِي مَالِ الْجَانِي)، أَيْ: ما نَقَصَ مِنْ نصفِ عُشْرِ الدِّيَةِ ؛ يَكُونُ ذلكَ في مالِ الجاني لَا تَتَحَمَّلُه العاقِلةُ. كذا ذَكَر القُدُورِيُّ ﷺ في «**مختصرِه**»[2].

وقالَ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «وما كانَ مِنَ الجِنايةِ على الرَّجُلِ لَا يَبْلُغُ نِصْفَ عُشْرِ دِيَتِه، أوْ جنايتِه على المرأةِ لَا يَبلُغُ نِصْفَ عُشْر دِيَتِها، فهوَ حالٌّ في مالِ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٩٤].

....

الجاني لَا آجِلٌ»(١). إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِي رحمه الله.

وقالَ في «شرحِ الأقطعِ»: «وقالَ الشافعيُّ رحمه الله في أَحَدِ قولَيْه: العاقلةُ لَا تَتحَمَّلُ ما دُونَ النَّفْسِ، وفي قولٍ آخرَ [٢٥٣/٨و/م]: تَتحَمَّلُ القليلَ والكثيرَ(٢)»(٣).

أمّا الدليلُ علىٰ أنّها تَتحَمَّلُ ما دُونَ النَّفسِ: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قَضَىٰ بغُرَّةِ الجَنِينِ علىٰ العاقلةِ في حديثِ حَمَلِ بنِ مالكٍ(٤)، ولأنَّ القِصاصَ يَجِبُ في عَمْدِه، وتَتقَدَّرُ الدِّيَةُ في خطئِه، فأَشْبَه النَّفْسَ، فتَتَحَمَّلُه العاقلةُ كالنَّفْسِ.

وأمَّا الدليلُ علىٰ أنَّها لَا تَتَحَمَّلُ ما دُونَ نِصْفِ العُشرِ: أنَّ القِصاصَ لَا يَجِبُ [في عَمْدِه](٥)، ولَا يُقَدَّرُ أَرْشُه بنفسِه، فصارَ كضمانِ الأموالِ، [فلَا تَتحَمَّلُه](٦) العاقلةُ، ولأنَّه ليسَ بنَفْسٍ ولَا مُعادِلٍ نَفْسًا، فلَا تَتحَمَّلُه العاقلةُ، أصْلُه ما ذكَرْنا، ولَا يَلْزَمُ عليه أَرْشُ المُوضِحةِ؛ لأنَّه يُعادِلُ نَفْسًا؛ لأنَّه يَجِبُ في الجَنِينِ مِثْلُ أَرْشِ المُوضِحةِ.

قالَ في «مختصرِ الأسرارِ»: «ولا يَلْزَمُ عليه إذا قَتلَ عبدًا قِيمتُه أَقَلُّ مِنْ أَرْشِ المُوضِحةِ أنَّه يَتحَمَّلُه العاقلةُ؛ لأنَّه نَفْسٌ».

فإنْ قيلَ: مَنْ حَمَلَ كثيرَ الأَرْشِ حَمَل قليلَه، أَصْلُه: الجاني.

قيلَ: وُجوبُ الضَّمانِ علىٰ الجاني هوَ مُقْتَضَىٰ الأصولِ، ووُجوبُه [٣٩٤/٣ط]

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٢٢/ داماد].

(٢) ينظر: «نهاية المطلب» للجويني [٥٢٦/١٦]، و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٤٨٤/١٠].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢ق/١٨٣].

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) في الأصل: «بعمده»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٦) في الأصل: «فيتحمله»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَالْقِيَاسُ فِيهِ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ فَيَجِبُ الْكُلُّ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّافِعِيُّ، أَوْ التَّسْوِيَةُ فِي أَنْ لَا يَجِبَ عَلَى الْعَاقِلَةِ شَيْءٌ، إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَاهُ بِمَا رَوَيْنَا، وَبِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ - ﷺ - أَوْجَبَ أَرْشَ الْجَنِينِ عَلَى الْعَاقِلَةِ» وَهُوَ نِصْفُ عُشْرِ بَدَلِ الرَّجُلِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الدِّيَاتِ، فَمَا دُونَهُ يُسْلَكُ بِهِ مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ بِالتَّحْكِيمِ كَمَا يَجِبُ ضَمَانُ الْمَالِ بِالتَّقْوِيمِ فَلِهَذَا كَانَ فِي مَالِ الْجَانِي أَخْذًا [٢٨٢/ظ] بالقياس.

غاية البيان

على غيره خارجٌ عنِ الأصولِ، فلَا يُقالُ: إذا اطَّرَدَ ما وُضِعَ عليه الأصولُ؛ يَجِبُ أنْ يَطَّرِدَ ما خَرَجَ عنِ الأُصولِ، وإذا ثبتَ [أنّ][1] ما دُونَ نِصْفِ العُشْرِ لَا تَتَحَمَّلُه العاقِلةُ؛ كانَ في مال الجاني؛ لأنَّه الأصلُ، والوجوبُ عليه في جميعِ الأحوالِ، إلَّا أنْ يَثْبُتَ التَّخْفيفُ بالتَّحمُّلِ عنه فما لَا يُتَحَمَّلُ يَكُونُ على الأصلِ.

قولُه: (وَالْقِيَاسُ فِيهِ)، أَيْ: في العَقْلِ. يَعْنِي: أنَّ القياسَ فيه شَيْئانِ:

أحدُهما: التَّسْوِيةُ بينَ القليلِ والكثيرِ في التَّحمُّلِ، كما ذَهَبَ إليه الشَّافعيُّ رضي الله عنه في أحدِ قولَيْهِ؛ لأنَّ مَنْ حَمَلَ الكثيرَ حَمَلَ القليلَ، أصْلُه: الجاني.

والآخرُ: ألَّا يَجِبَ التَّحمُّلُ أصلًا، كما ذَهَبَ إليه بِشْرٌ؛ لأنَّه لَا تَزِرُ وَازِرةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ، وقدْ تَرَكْنا القياسَ بإيجابِ التحمُّلِ في الكثيرِ دونَ القليلِ بالسَّمْعِ الواردِ عنْ رسولِ اللهِ ﷺ وعنْ أصحابِه.

قولُه: (فَمَا دُونَهُ يُسْلَكُ بِهِ مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ)، أي: ما دُونَ نِصْفِ [عُشْرِ الدِّيَةِ][2]، أو ما دُونَ أَرْشِ الجَنِينِ حُكْمُه حُكْمُ المالِ، لَا تَتَحَمَّلُه العاقلةُ.

والدليلُ على ذلكَ: أنَّه ليسَ فيه أَرْشٌ مُقَدَّرٌ، بَل يَجِبُ الأَرْشُ فيه بالتَّحكيمِ،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٢) في الأصل: «العشر»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَلَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ جِنَايَةَ الْعَبْدِ، وَلَا مَا لَزِمَ بِالصُّلْحِ، أَوْ بِاعْتِرَافِ الْجَانِي؛ لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ لَا تَنَاصُرَ بِالْعَبْدِ وَالْإِقْرَارُ وَالصُّلْحُ لَا يَلْزَمَانِ الْعَاقِلَةَ لِقُصُورِ الْوِلَايَةِ عَنْهُمْ. قَالَ (إِلَّا أَنْ يُصَدِّقُوهُ) لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِتَصَادُقِهِمْ وَالِامْتِنَاعُ كَانَ لِحَقِّهِمْ وَلَهُمْ وِلَايَةٌ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ.

غاية البيان

فصارَ كضمانِ الأموالِ ليسَ فيه شيءٌ مُقدّرٌ، بَل يَتَعَيَّنُ ذلكَ بالتَّقويمِ، فلمَّا كانَ كضمانِ الأموالِ؛ كانَ في [٨/٢٥٣ظ/م] مالِ الجاني[1] أخذًا بالقياسِ؛ لأنَّ الأصلَ أنْ يَجِبَ ضمانُ الجِنايةِ علىٰ الجاني.

قولُه: (وَلَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ جِنَايَةَ الْعَبْدِ، وَلَا مَا لَزِمَ بِالصُّلْحِ، أَوْ بِاعْتِرَافِ الْجَانِي)، وهذه منْ مسائلِ «**مختصرِ القُدُوريِّ**» ﷺ.

ولفظُ «المختصر»: «ولَا تَعْقِلُ العاقلةُ جنايةَ العبدِ، ولَا تَعقِلُ الجنايةَ الَّتي اعْتَرَف بها الجاني إلَّا أنْ يُصَدِّقُوه، ولَا تَعْقلُ ما لَزَمَ بالصُّلحِ»[2]، وهذا ترتيبُ لَفْظِه.

وأرادَ بجنايةِ العبدِ: أنْ يَكُونَ العبدُ هوَ الجاني ومَوْلاه مُخَيَّر فيها بينَ الدَّفعِ أو الفداءِ، وقدْ مَرَّ ذلكَ في الدِّيَاتِ، وهوَ منْ إضافةِ المصدرِ إلىٰ الفاعلِ، فأمَّا إذا جَنَىٰ الحُرُّ علىٰ العبدِ فقَتلَه خطأً؛ كانَ علىٰ عاقلتِه، وسيَجِيءُ ذلكَ بعدَ هذا.

والأصلُ في ذلكَ كلِّه: ما حَدَّثَ مُحمَّدٌ ﷺ في «موطئِه»: عنِ ابنِ عبَّاسٍ ﷺ، قالَ: حدَّثَنِي عبدُ الرحمنِ بنُ أبي الزِّنادِ عنْ أبيه عن عُبيدِ اللهِ بنِ عُتبةَ [بن مسعودٍ][3] عنِ ابنِ عبَّاسٍ ﷺ قالَ: «**لَا تُعْقَلُ الْعَاقِلَةُ عَمْدًا، وَلَا صُلْحًا، وَلَا اعْتِرَافًا، وَلَا مَا جَنَىٰ الْمَمْلُوكُ**»[4].

---

(١) في الأصل: «الجناية»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ١٩٤].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الموطأ» لمحمد بن الحسن.

(٤) أخرجه: محمد بن الحسن في «الموطأ» [٣/٩]، بهذا الإسناد به.

وَمَنْ أَقَرَّ بِقَتْلٍ خَطَأً، وَلَمْ يَرْتَفِعُوا[١] إِلَى الْقَاضِي، إِلَّا بَعْدَ سِنِينَ؛ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالدِّيَةِ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يُقْضَى لِأَنَّ التَّأْجِيلَ مِنْ وَقْتِ الْقَضَاءِ

غاية البيان

ولأنَّ الصُّلْحَ والإقرارَ لَا يَلْزَمُ بهما على العاقلةِ شيءٌ؛ لقُصورِ وِلايةِ المُصالِحِ والمُقِرِّ عنِ العاقلةِ، إلَّا أنْ تُصَدِّقَ العاقلةُ المُقِرَّ في إقرارِه، فحينئذٍ يَلزمُهم[٢] تَحَمُّلُ العَقْلِ؛ لأنَّ سُقوطَ التَّحمُّلِ عنهم كانَ للتُّهْمةِ، وقدْ زالَتْ ذلكَ بتصْدِيقِهم فلَزِمَهم.

ولكنَّ الواجبَ بالإقرارِ - إذا لَمْ تُصَدِّقِ العاقلةُ - في مالِ الجاني في ثلاثِ سنينَ؛ لأنَّه واجبٌ بنَفْسِ القَتْلِ، بخِلافِ ما لَزِمَ بالصُّلْحِ، فإنَّه واجِبٌ في مالِه حالًّا، وليسَ فيه آجِلٌ؛ لأنَّه ليسَ بواجبٍ بنَفْسِ القتلِ، إلَّا إذا وَقَعَ الصُّلْحُ مُؤَجَّلًا، فيَجِبُ كذلكَ، وقدْ مَرَّ ذلكَ قُبَيلَ فَصْلِ الجَنينِ.

قولُه: (وَمَنْ أَقَرَّ بِقَتْلٍ خَطَأً، وَلَمْ يَرْتَفِعُوا إِلَى الْقَاضِي، إِلَّا بَعْدَ سِنِينَ؛ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالدِّيَةِ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يُقْضَى)، وهذه مِنْ مسائلِ [٣/٤٩٥و] «الأصلِ»[٣]، ذُكِرتْ تَفْريعًا على مسألةِ «المختصرِ».

وذلكَ لأنَّ العاقلةَ لَمَّا[٤] لَمْ تَحْتَمِلْ ما وَجَبَ بالإقرارِ؛ وَجَبَ في مالِه؛ لأنَّ الأصلَ في الإيجابِ هوَ الجاني، ولكنْ يَجِبُ في ثلاثِ سنينَ؛ لأنَّه لَمَّا وَجَبَ التأجيلُ في حَقِّ العاقلةِ مع كَثْرتِهم لتَيْسِيرِ الأداءِ، فَلَئِنْ يَجِبَ على القاتلِ هكذا أَوْلَى، وإنَّما اعْتُبِرَ مُدَّةُ السنينَ منْ يومِ القضاءِ؛ لأنَّ الوُجوبَ يومئذٍ، ولوْ أُقِيمَتِ البينةُ عليه حينئذٍ؛ قُضِيَ على العاقلةِ؛ لأنَّه لَا تُهْمةَ حينئذٍ.

قولُه: (لِأَنَّ التَّأْجِيلَ [٨/٢٥٤و/م] مِنْ وَقْتِ الْقَضَاءِ..................

(١) في حاشية الأصل: «خ: يرفعوا».

(٢) في الأصل: «يلزم»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٣) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٤/٦٦٥].

(٤) في الأصل: «إذا»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

فِي الثَّابِتِ بِالْبَيِّنَةِ؛ فَفِي الثَّابِتِ بِالْإِقْرَارِ أَوْلَى.

وَلَوْ تَصَادَقَا الْقَاتِلُ وَوَلِيُّ الْجِنَايَةِ عَلَى أَنَّ قَاضِيَ بَلَدِ كَذَا؛ قَضَى بِالدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِالْكُوفَةِ بِالْبَيِّنَةِ، وَكَذَّبَهُمَا الْعَاقِلَةُ، فَلَا شَيْءَ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ لِأَنَّ تَصَادُقَهُمَا لَيْسَ بِحَجَّةٍ عَلَيْهِمْ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ

غاية البيان

فِي الثَّابِتِ بِالْبَيِّنَةِ؛ فَفِي الثَّابِتِ بِالْإِقْرَارِ أَوْلَى)، يَعْنِي: أَنَّ البينةَ حُجَّةٌ مُتعدِّيةٌ، والإقرارَ حُجَّةٌ قاصِرةٌ، فعلى هذا تَكُونُ البَيِّنَةُ أَقْوى مِنَ الإقرارِ، ثُمَّ الدِّيَةُ في القتلِ الثابتِ بالبَيِّنةِ إذا كانَ خطأً؛ تَجِبُ مُؤَجَّلةً مِنْ وَقْتِ القَضاءِ، لَا مِنْ وَقْتِ المَوْتِ، ففي الثَّابتِ بالإقرارِ تَجِبُ كذلكَ بالطَّريقِ الأَوْلَى؛ لأنَّ الإقرارَ أَدْنَى مِنَ البَيِّنَةِ.

قولُه: (وَلَوْ تَصَادَقَا الْقَاتِلُ وَوَلِيُّ الْجِنَايَةِ عَلَى أَنَّ قَاضِيَ بَلَدِ كَذَا؛ قَضَى بِالدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِالْكُوفَةِ بِالْبَيِّنَةِ، وَكَذَّبَهُمَا الْعَاقِلَةُ، فَلَا شَيْءَ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ لِأَنَّ تَصَادُقَهُمَا لَيْسَ بِحَجَّةٍ عَلَيْهِمْ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ فِي مَالِهِ)، أي: لَمْ يَكُنْ على القاتلِ شيءٌ أيضًا بهذا التَّصادُقِ، وهذه منْ مسائلِ «الأصلِ»[1]، ذُكِرَتْ على سبيلِ التَّفريعِ أيضًا.

أمَّا عَدَمُ الوُجُوبِ على العاقلةِ إذا أَنكرُوا: فلِأنَّ تصادُقَ القاتلِ ووَلِيِّ الجنايةِ ليسَ بحُجَّةٍ عليهم؛ لِعَدَمِ وِلايةِ الإلزامِ.

وأمّا عدمُ الوُجوبِ على القاتلِ: فلأنَّ الوَلِيَّ لَا يَدَّعِي الدِّيَةَ على القاتلِ؛ لأنَّه يقولُ: إنَّ القاضيَ قَضَى بها على العاقلةِ، إلَّا إذا كانَ للقاتلِ معهم عَطاءٌ، فيَكُونُ عليه حِصَّتُه مِنْ ذلكَ؛ لأنَّهما تصادَقَا على الوُجوبِ في هذا القدرِ على المُقِرِّ، قالُوا في «شُروح[2] الكافي»: وهذا نَصٌّ مِنْ أصحابِنا: أنَّ القاتلَ يَدْخُلُ معَ العاقلةِ في

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٤/٦٧٧].

(٢) في الأصل: «شرح»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

بِتَصَادُقِهِمَا تَقَرَّرَتْ عَلَى الْعَاقِلَةِ بِالْقَضَاءِ وَتَصَادُقُهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ عَطَاءٌ مَعَهُمْ فَحِينَئِذٍ يَلْزَمُهُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ فِي حَقِّ حِصَّتِهِ مُقِرٌّ عَلَى نَفْسِهِ وَفِي حَقِّ الْعَاقِلَةِ مُقِرٌّ عَلَيْهِمْ.

قَالَ: وَإِذَا جَنَى الْحُرُّ عَلَى الْعَبْدِ فَقَتَلَهُ خَطَأً؛ كَانَ عَلَى عَاقِلَتِهِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ

ـــــــ غاية البيان ـــــــ

تَحَمُّلِ الدِّيَةِ.

قولُه: (بِخِلَافِ الْأَوَّلِ[1])، أرادَ بِه: ما إذا أَقَرَّ بقتْلٍ خطأً، حيثُ يُقْضَى عليه بالدِّيةِ في مالِه؛ لأنَّ إقرارَه حُجَّةٌ على نفسِه، ويَدَّعي وَلِيُّ القتيلِ عليه أيضاً، وهُنا فيما نحنُ فيه لَا يَدَّعِي وَلِيُّ القتيلِ عليه؛ لأنَّه تَصادَقَ مَعَ القاتلِ أنَّ الديةَ على العاقلةِ، وقدْ قَضَى بها القاضي عليهم، فلَا يَكُونُ على القاتلِ شيءٌ إلَّا إذا كانَ له عَطَاءٌ، فيَكُونُ عليه حصتُه منْ ذلكَ، كما قُلْنا.

قولُه: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ عَطَاءٌ)، استِثْناءٌ منْ قولِه: (وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ).

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا جَنَى الْحُرُّ عَلَى الْعَبْدِ فَقَتَلَهُ خَطَأً؛ كَانَ عَلَى عَاقِلَتِهِ)، أَيْ: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[2].

وقولُه: (كَانَ)، بإسنادِ الفِعلِ إلى المُذَكَّرِ[3]، أي: كانَ العَقْلُ وهوَ الدِّيَةُ، وفي بعضِ النُّسَخِ: «كانَتْ»، أي: كانَتِ الدِّيَةُ.

وفي أحدِ قَوْلَيِ الشَّافعيِّ: لَا تَتَحمَّلُه العاقلةُ[4]، كَذَا في «شرحِ الأقطعِ»، وهذا بناءٌ على أنَّ هذا الضَّمانَ بَدَلُ النَّفْسِ عندَنا، وعندَه: بَدَلُ المالِ، ولِهذا يَجِبُ

---

(١) في الأصل: «الأولى»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٩٤].

(٣) في الأصل: «المذكور»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٤) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٣١٥/١٢].

النَّفْسِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ مِنْ أَصْلِنَا. وَفِي أَحَدِ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ تَجِبُ فِي مَالِهِ لِأَنَّهُ بَدَلُ الْمَالِ عِنْدَهُ وَلِهَذَا يُوجِبُ قِيمَتَهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ، وَمَا دُونَ النَّفْسِ مِنَ الْعَبْدِ لَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ؛ لِأَنَّهُ يُسْلَكُ بِهِ مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ عِنْدَنَا عَلَىٰ مَا عُرِفَ، وَفِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ الْعَاقِلَةُ تَتَحَمَّلُهُ كَمَا فِي الْحُرِّ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ.

غاية البيان

عنده: قيمةُ العَبْدِ بالغةً ما بَلَغَتْ.

ولنا: أنَّ الواجبَ فيه الديةُ؛ لإطلاقِ قولِه [٨/٢٠٤ظ/م] تعالىٰ: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢]، والديةُ واجبةٌ بمُقابلةِ الآدَمِيةِ، فلمَّا وَجبَتْ بإطلاقِ النَّصِّ وجبَتْ علىٰ العاقلةِ كما إذا كانَ المَقْتولُ [٣/٤٩٥ظ] حُرًّا، ولَا يَجُوزُ أنْ يُتَمَسَّكَ بقولِ الشَّعْبِيِّ: «**لَا تَعْقِلُ العاقِلةُ عَمْدًا ولَا عَبْدًا**»[1]؛ لأنَّ المرادَ به ما جَنَىٰ العبدُ؛ بدليلِ ما رُوِيَ عنِ ابنِ عبَّاسٍ رضي الله عنهما: «**وَلَا ما جَنَىٰ المَمْلُوكُ**»[1]، وقدْ مَرَّ من قَبْلُ.

فإنْ قيلَ: ما يُضْمَنُ بالقيمةِ لَا تَتحمَّلُه العاقلةُ كالأموالِ.

قيلَ: الأموالُ يَستَوِي فيها العمدُ والخطأُ، وليسَ كذلكَ العبدُ؛ لأنَّه إذا قُتِلَ عمدًا يَجِبُ فيه القِصاصُ؛ ففَسَدَ القِياسُ.

قولُه: (وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ)، أَيْ: في أوَّلِ فَصْلٍ بعدَ بابِ جِنايةِ المَمْلوكِ.

قولُه: (وَمَا دُونَ النَّفْسِ مِنَ الْعَبْدِ لَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ)، ذَكَرَه وما بعدَه إلىٰ آخرِ كتابِ المَعاقِلِ علىٰ سَبِيلِ التَّفرِيعِ.

وقالَ الشَّافعيُّ رحمه الله **في أحدِ قولَيْه**: تَتحمَّلُه العاقِلةُ[2].

لنا: أنَّ الأطرافَ يُسْلَكُ بها مَسْلَكَ الأموالِ، ولِهذا لَا يَجْرِي القِصاصُ في

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١٢/٣٥٥]. و«روضة الطالبين» للنووي [٩/٣٧٧].

قَالَ أَصْحَابُنَا: إِنَّ الْقَاتِلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ ؛ فَالدِّيَةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ جَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ هُمْ أَهْلُ نُصْرَتِهِ لَيْسَ بَعْضُهُمْ أَخَصَّ مِنْ بَعْضٍ بِذَلِكَ، وَلِهَذَا لَوْ مَاتَ كَانَ مِيرَاثُهُ لِبَيْتِ الْمَالِ فَكَذَا مَا يَلْزَمُهُ مِنَ الْغَرَامَةِ يَلْزَمُ بَيْتَ الْمَالِ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁ رِوَايَةٌ شَاذَّةٌ أَنَّ الدِّيَةَ فِي مَالِهِ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الْأَصْلَ أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ عَلَى الْقَاتِلِ لِأَنَّهُ بَدَلٌ مُتْلَفٌ وَالْإِتْلَافُ مِنْهُ، إِلَّا أَنَّ الْعَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُهَا تَحْقِيقًا لِلتَّخْفِيفِ عَلَى مَا مَرَّ.

فإذا [٢٨٣/و] لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ عَادَ الْحُكْمُ إِلَى الْأَصْلِ.

وَابْنُ الْمُلَاعَنَةِ تَعْقِلُهُ عَاقِلَةُ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّ نَسَبَهُ ثَابِتٌ مِنْهَا دُونَ الْأَبِ فَإِنْ عَقَلُوا عَنْهُ ثُمَّ ادَّعَاهُ الْأَبُ رَجَعَتْ عَاقِلَةُ الْأُمِّ بِمَا أَدَّتْ عَلَى عَاقِلَةِ الْأَبِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يَقْضِي الْقَاضِي لِعَاقِلَةِ الْأُمِّ عَلَى عَاقِلَةِ الْأَبِ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الدِّيَةَ

غاية البيان

العمدِ بينَ طرفَيِ الحُرِّ والعبدِ، فلَا تَتحمَّلُه العاقلةُ كطَرَفِ البَهِيمةِ، وقدْ مَرَّ ذلكَ في باب القِصاصِ فيما دونَ النفسِ، وهذا مَعْنى قولِه: (عَلَى مَا عُرِفَ).

قولُه: (قَالَ أَصْحَابُنَا: إِنَّ الْقَاتِلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ ؛ فَالدِّيَةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ جَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ هُمْ أَهْلُ نُصْرَتِهِ).

وهذا إذا كانَ القاتِلُ مُسلِمًا، فإذا كانَ ذِمِّيًّا، ولَا عاقلةَ له ؛ فالدِّيةُ في مالِه ؛ لأنَّ بيتَ مالِ المسلمينَ لَا يَعقِلُ الذِّميَّ، وقدْ مَرَّ ذلكَ عندَ قولِه: (وَإِنْ كَانَ لِأَهْلِ الذِّمَّةِ عَوَاقِلُ مَعْرُوفَةٌ، يَتَعَاقَلُونَ بِهَا، فَقَتَلَ أَحَدُهُمْ قَتِيلًا ؛ فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ).

قولُه: (وَابْنُ الْمُلَاعَنَةِ تَعْقِلُهُ عَاقِلَةُ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّ نَسَبَهُ ثَابِتٌ مِنْهَا دُونَ الْأَبِ). وهذه المسألةُ مِنْ مسائلِ «الأصلِ»[١]، وقدِ استوفَيْنا بيانَها، وبيانَ المسألةِ التي

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٤/٢٨٥].

وَاجِبَةٌ عَلَيْهِمْ، لِأَنَّ عِنْدَ الْإِكْذَابِ ظَهَرَ أَنَّ النَّسَبَ لَمْ يَزَلْ كَانَ ثَابِتًا مِنْ الْأَبِ حَيْثُ بَطَلَ اللِّعَانُ بِالْإِكْذَابِ، وَمَتَىٰ ظَهَرَ مِنْ الْأَصْلِ فَقَوْمُ الْأُمِّ تَحَمَّلُوا مَا كَانَ وَاجِبًا عَلَىٰ قَوْمِ الْأَبِ فَيَرْجِعُونَ عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُمْ مُضْطَرُّونَ فِي ذَلِكَ.

وكذلك إن مَاتَ الْمُكَاتَبُ عَنْ وَفَاءٍ وَلَهُ وَلَدٌ حُرٌّ فَلَمْ يُؤَدِّ كِتَابَتَهُ حَتَّىٰ جَنَىٰ ابْنُهُ وَعَقَلَ عَنْهُ قَوْمُ أُمِّهِ ثُمَّ أُدِّيَتْ الْكِتَابَةُ لِأَنَّهُ عِنْدَ الْأَدَاءِ يَتَحَوَّلُ وَلَاؤُهُ إِلَىٰ قَوْمِ أَبِيهِ مِنْ وَقْتِ حُرِّيَّةِ الْأَبِ وَهُوَ آخِرُ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ قَوْمَ الْأُمِّ عَقَلُوا عَنْهُمْ فَيَرْجِعُونَ عَلَيْهِمْ.

وَكَذَلِكَ رَجُلٌ أَمَرَ صَبِيًّا بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ، فَضَمِنَتْ عَاقِلَةُ الصَّبِيِّ الدِّيَةَ؛ رَجَعَتْ بِهَا عَلَىٰ عَاقِلَةِ الْآمِرِ إنْ كَانَ الأَمْرُ ثَبتَ بِالْبَيِّنَةِ، وَفِي مَالِ الْآمِرِ إنْ كَانَ ثَبَتَ بِإِقْرَارِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يَقْضِي بِهَا الْقَاضِي عَلَىٰ الْآمِرِ، أَوْ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ؛ لِأَنَّ الدِّيَاتِ تَجِبُ مُؤَجَّلَةً بِطَرِيقِ التَّيْسِيرِ.

غاية البيان

تَلِيها، أَعْني: ما إذا (مَاتَ الْمُكَاتَبُ عَنْ وَفَاءٍ وَلَهُ وَلَدٌ حُرٌّ)، أَيْ: وَلَدٌ مِنَ الحُرَّةِ عندَ قولِه: (وَعَاقِلَةُ الْمُعْتَقِ: قَبِيلَةُ مَوْلَاهُ).

قولُه: (وَكَذَلِكَ رَجُلٌ أَمَرَ صَبِيًّا بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ، فَضَمِنَتْ عَاقِلَةُ الصَّبِيِّ الدِّيَةَ؛ رَجعَتْ بها عَلَىٰ عَاقِلَةِ الْآمِرِ إنْ كَانَ الأَمْرُ ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ، وَفِي مَالِ الْآمِرِ إنْ كَانَ ثَبَتَ بِإِقْرَارِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يَقْضِي بِهَا الْقَاضِي عَلَىٰ الْآمِرِ، أَوْ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ).

وذلكَ لأنَّ الرجوعَ علىٰ العاقلةِ، أو علىٰ الآمِرِ يَتعَيَّنُ بالقضاءِ، فيُعتبَرُ المُدَّةُ منْ يومِ القضاءِ، فتَرجِعُ عاقلةُ الصَّبيِّ علىٰ الآمِرِ منْ يومِ القضاءِ في ثلاثِ سِنِينَ إنْ كانَ الأمرُ ثَبَتَ بالإقرارِ، وعلىٰ عاقلةِ [٨/٢٥٥و/م] الآمِرِ إنْ كانَ الأَمْرُ ثَبَتَ بالبينةِ، وإنَّما كانَ الرجوعُ في ثلاثِ سنينَ؛ لأنَّ الأصلَ في وُجوبِ الدِّيَاتِ: هوَ الأَجَلُ

قَالَ رحمه الله: هَاهُنَا عِدَّةُ مَسَائِلَ ذَكَرَهَا مُحَمَّدٌ رحمه الله مُتَفَرِّقَةً، وَالْأَصْلُ الَّذِي تُخَرَّجُ عَلَيْهِ أَنْ يُقَالَ: حَالُ الْقَاتِلِ إِذَا تَبَدَّلَ حُكْمًا ....

غاية البيان

للتَّيْسِيرِ، إِلَّا إذا ثَبَتَ الدِّيَةُ بالصُّلْحِ، فذلكَ لَا أَجَلَ فيه إِلَّا إذا اشْتُرِطَ.

قولُه: (قَالَ رحمه الله: هَاهُنَا عِدَّةُ مَسَائِلَ ذَكَرَهَا مُحَمَّدٌ رحمه الله مُتَفَرِّقَةً)، أي: في المَعاقِلِ مسائلُ، ذَكَر تلكَ المسائلَ محمَّدٌ في كتابِ المَعاقِلِ مِنَ «الأصلِ»، في مواضعَ مُتفرِّقةٍ لَا في موضعٍ واحدٍ، وهيَ مَبْنِيةٌ علىٰ أُصولٍ.

قولُه: (وَالْأَصْلُ الَّذِي تُخَرَّجُ عَلَيْهِ)، أَيْ: تُخَرَّجُ المسائلُ علىٰ ذلكَ الأصلِ أنْ يُقالَ: حَالُ القاتلِ إذا تَبَدَّلَ حُكْمًا، فانتقلَ وَلاؤُه إلىٰ وَلاءٍ بسببٍ [٣/٤٩٦د] حادِثٍ لم تَنْتَقِلْ جنايتُه عنِ الأُولىٰ؛ قُضِيَ بها، أو لَمْ يُقْضَ، وإنْ ظهرَتْ حالَةٌ خَفِيةٌ مثلُ دِعْوةِ[1] وَلَدِ المُلاعَنةِ؛ حُوِّلَتِ الجِنايةُ إلىٰ الأُخرىٰ، وَقعَ القضاءُ بها أو لَمْ يَقَعْ، وَلَمْ يَخْتَلِفِ حالُ الجاني، ولكنِ العاقِلةُ تَبدَّلَتْ؛ كانَ الاعتبارُ في ذلكَ لوقتِ القضاءِ.

فإنْ كانَ قُضِيَ بها علىٰ الأُولىٰ؛ لَمْ يَنْتَقِلْ إلىٰ الثَّانيةِ، وإنْ لَمْ يَكُنْ قُضِيَ بها علىٰ الأُولىٰ؛ فإنَّه يُقْضىٰ بها علىٰ الثَّانيةِ، وإنْ كانَتِ العاقلةُ واحدةً، فلَحِقَها زيادةٌ، أَوْ نُقصانٌ؛ اشتركوا في حُكْمِ الجِنايةِ قبلَ القضاءِ وبعدَه، إِلَّا فيما سَبَقَ أداؤُه. وهذا يَشْتَمِلُ علىٰ أصولٍ:

الأصلُ الأوَّل: قولُه: (حَالُ الْقَاتِلِ إِذَا تَبَدَّلَ حُكْمًا، فَانْتَقَلَ وَلَاؤُهُ إِلَىٰ وَلَاءٍ بِسَبَبٍ حَادِثٍ؛ لَمْ تَنْتَقِلْ جِنَايَتُهُ عَنِ الْأُولَىٰ، قُضِيَ بِهَا، أَوْ لَمْ يُقْضَ).

ونظيرُه: مَوْلُودٌ بينَ حُرَّةٍ وعَبْدٍ جَنىٰ، ثُمَّ أُعْتِقَ أبوه؛ لَا تتحَوَّلُ الجِنايةُ عنْ

---

(١) مضىٰ أن الدِّعْوة ـ بكسر الدال وسكون العين ـ: هي الادِّعاءُ في النَّسَبِ. يقالُ: فلانٌ دَعِيٌّ بَيِّنُ الدِّعْوَة في النَّسَبِ. وقد تقدم التعريف بذلك.

. . . .

عاقلةِ الأُمِّ، وقدْ مَرَّ بيانُه عندَ قولِه: (وَعَاقِلَةُ الْمُعْتَقِ: قَبِيلَةُ مَوْلَاهُ).

ومِنْ نَظِيرِه أيضًا: إذا أَسْلَمَ حَرْبِيٌّ ووَالَىٰ مُسْلِمًا، ثُمَّ جَنَىٰ جِنايةً؛ عَقَلَتْ عنه عاقلةُ الَّذي وَالَاهُ، فإنْ عَقَلَ عنه، أوْ لَمْ يُقْضَ بها حتَّىٰ أُسِرَ أَبُوه منْ دارِ الحربِ، فاشْتراهُ رَجُلٌ فأعتقَه؛ جَرَّ ولاءَ ابنِه، وصارَ مَوْلًىٰ لمُوالي أبيه، ولكنْ لَا تَرْجِعُ عاقلةُ الَّذي كانَ ولاؤُه علىٰ عاقلةِ مَوالِي الأبِ؛ لأنَّه أَمْرٌ حادِثٌ.

ومِنْ نظيرِه أيضًا: ما لوْ حَفَر الغُلامُ بئرًا قبلَ أنْ يُؤْسَرَ أَبُوه، ثُمَّ وَقعَ فيها إنسانٌ بعدَ عِتْقِه؛ فإنَّ ذلكَ علىٰ عاقلةِ الَّذي وَالَاهُ دونَ عاقلةِ أبيه، وقدْ مَرَّ ذلكَ عندَ قولِه: (وَمَوْلَىٰ الْمُوَالَاةِ يَعْقِلُ عَنْهُ مَوْلَاهُ وَقَبِيلَتُهُ).

والأصلُ الثَّاني: قولُه: (وَإِنْ ظَهَرَتْ حَالَةٌ خَفِيَّةٌ، مِثْلُ دِعْوَةِ وَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ؛ حُوِّلَتِ الْجِنَايَةُ إِلَىٰ الْأُخْرَىٰ)، أي: إلىٰ العاقلةِ الأُخْرَىٰ، كما إذا قَتَل ابنُ الملاعَنةِ رَجُلًا خَطأً؛ يَعقِلُ عنه عاقلةُ الأُمِّ؛ لأنَّ [٨/٢٥٥ظ/م] نَسبَه ثابِتٌ منَ الأُمِّ، فإنْ عَقَلُوا عنه، ثُمَّ ادَّعاه [الأبُ][1]؛ رَجعَتْ عاقِلةُ الأُمِّ بما أَدَّتْ علىٰ عاقلةِ الأَبِ في ثلاثِ سنينَ مِنْ يومِ يَقْضِي القاضي لعاقِلةِ الأُمِّ علىٰ عاقلةِ الأبِ.

ومِنْ نظيرِه أيضًا: ما إذا ماتَ المُكاتَبُ عنْ وفاءٍ، وله وَلَدٌ حُرٌّ، فَلَمْ يُؤَدِّ كِتابتَه حتَّىٰ جَنَىٰ ابنُه فعَقَلَ عنه قومُ أُمِّه، ثُمَّ أُدِّيَتِ الكتابةُ؛ فإنَّ عاقلةَ الأُمِّ يَرْجِعُونَ بما أَدُّوا علىٰ عاقِلةِ الأبِ، وقدْ مَرَّ ذلكَ عندَ قولِه: (وَعَاقِلَةُ الْمُعْتَقِ: قَبِيلَةُ مَوْلَاهُ).

وكذلكَ إذا أَمَرَ رَجُلٌ صَبِيًّا ليَقتُلَ رَجُلًا فقتَله؛ فضَمِنتْ عاقِلةُ الصَّبيِّ الديةَ، رَجَعتْ عاقلتُه علىٰ عاقلةِ الآمرِ إنْ كانَ الأمرُ ثَبتَ بالبيِّنةِ، وعلىٰ الآمرِ في مالِه إنْ كانَ الأمرُ ثَبتَ بإقرارِه؛ لأنَّ الآمرَ مُسَبِّب مُتَعَدٍّ، فإنَّه استعمَلَ الصبيَّ في أَمْرٍ لَحِقَه

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«ر».

. . . .

فيه تَبعَةٌ، فثَبَتَ لعاقلتِه حَقُّ الرُّجوعِ بما[1] أَدُّوا، وقدْ مَرَّ هذا قبْلَ هذا عندَ قولِه: (**وَكَذَلِكَ رَجُلٌ أَمَرَ صَبِيًّا بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ**).

والأصلُ الثالثُ: قولُه: (**وَلَوْ لَمْ يَخْتَلِفْ حَالُ الْجَانِي، وَلَكِنَّ الْعَاقِلَةَ تَبَدَّلَتْ، كَانَ الِاعْتِبَارُ فِي ذَلِكَ لِوَقْتِ الْقَضَاءِ**).

ونظيرُه: ما إذا كانَ القاتلُ مِنْ أهلِ الكوفةِ، وله بها عَطاءٌ، وَلَمْ يُقْضَ بالديةِ على العاقلةِ حتَّى [٣/٤٩٦ظ] حُوِّلَ دِيوانُه إلى البَصْرةِ؛ فإنَّه يُقْضَى بالديةِ على عاقلتِه مِنْ أهلِ البَصْرةِ، وعلى قولِ زُفَرَ: يُقْضَى على عاقلتِه منْ أهلِ الكوفةِ، وهوَ روايةٌ عنْ أبي يوسفَ ﷺ، وقدْ مرَّ بيانُه عندَ قولِه: (**وَلَوْ كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ وَلَهُ بِهَا عَطَاءٌ**)، وكذلكَ لوْ كانَ رَجُلٌ مَسْكَنُه بالكُوفةِ، وليسَ له عَطاءٌ، فَلَمْ يُقْضَ عليه حتَّى استَوْطَنَ البصرةَ؛ قُضِيَ بالديةِ على عاقلتِه بالبصرةِ، ولوْ كانَ قُضِيَ بها على عاقلتِه بالكوفةِ، لَمْ يَنتَقِلْ عنهم؛ لأنَّ مَنْ لَا عطاءَ له إذا سَكَن مِصْرًا فعاقلتُه أهلُ دِيوانِ ذلكَ المِصْرِ بمنزلةِ مَنْ له عطاءٌ.

وكذلكَ البَدَوِيُّ إذا أُلْحِقَ بالدِّيوانِ بعدَ القتلِ قبلَ القضاءِ؛ يُقْضَى بالديةِ على أهلِ الدِّيوانِ، وبعدَ القَضاءِ على عاقلتِه بالباديةِ؛ لم[2] يَتحوَّلْ عنهم إلى أهلِ الدِّيوانِ، وقدْ مَرَّ ذلكَ عندَ قولِه: (**وَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ الْقَاتِلُ مَسْكَنُهُ بِالْكُوفَةِ، وَلَيْسَ لَهُ عَطَاءٌ**). وهذا إذا تبدَّلتِ العاقِلةُ.

فأمَّا إذا لَمْ تَتبَدَّلْ، ولكنْ لَحِقَتْها زيادةٌ أوْ نقصانٌ اشْتَرَكُوا في حُكْمِ الجِنايةِ قبلَ القضاءِ وبعْدَه، كما إذا قَلَّتِ العاقلةُ بعدَ القضاءِ عليهم، وقدْ أخذَ البعضُ منهم؛ ضُمَّ إليهم أقربُ القبائلِ في النَّسَبِ، ولَا يُشْبِه قِلَّتُهم تحويلَه [٨/٢٥٦و/م] إلى

---

(١) في الأصل: «فيما»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) في الأصل: «ثم»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

فَانْتَقَلَ وَلَاؤُهُ إِلَىٰ وَلَاءٍ بِسَبَبِ أَمْرٍ حَادِثٍ لَمْ تَنْتَقِلْ جِنَايَتُهُ عَنِ الْأَوَّلِ قَضَىٰ بِهَا أَوْ لَمْ يَقْضِ، وَإِنْ ظَهَرَتْ حَالَةٌ خَفِيَّةٌ مِثْلُ دَعْوَةِ وَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ حُوِّلَتِ الْجِنَايَةُ إِلَىٰ الْأُخْرَىٰ وَقَعَ الْقَضَاءُ بِهَا أَوْ لَمْ يَقَعْ.

وَلَوْ لَمْ يَخْتَلِفْ حَالُ الْجَانِي وَلَكِنَّ الْعَاقِلَةَ تَبَدَّلَتْ كَانَ الِاعْتِبَارُ فِي ذَلِكَ لِوَقْتِ الْقَضَاءِ، فَإِنْ كَانَ قَضَىٰ بِهَا عَلَىٰ الْأُولَىٰ لَمْ تَنْتَقِلْ إِلَىٰ الثَّانِيَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَضَىٰ بِهَا عَلَىٰ الْأُولَىٰ فَإِنَّهُ يَقْضِي بِهَا عَلَىٰ الثَّانِيَةِ، وَإِنْ كَانَتِ الْعَاقِلَةُ وَاحِدَةً فَلَحِقَهَا زِيَادَةٌ أَوْ نُقْصَانٌ اشْتَرَكُوا فِي حُكْمِ الْجِنَايَةِ قَبْلَ الْقَضَاءِ [٢٨٣/ظ] وبعده إِلَّا فِيمَا سَبَقَ أَدَاؤُهُ فَمَنْ أَحْكَمَ هَذَا الْأَصْلَ مُتَأَمِّلًا يُمْكِنُهُ التَّخْرِيجُ فِيمَا وَرَدَ عَلَيْهِ مِنَ النَّظَائِرِ وَالْأَضْدَادِ، والله الموفق للسداد.

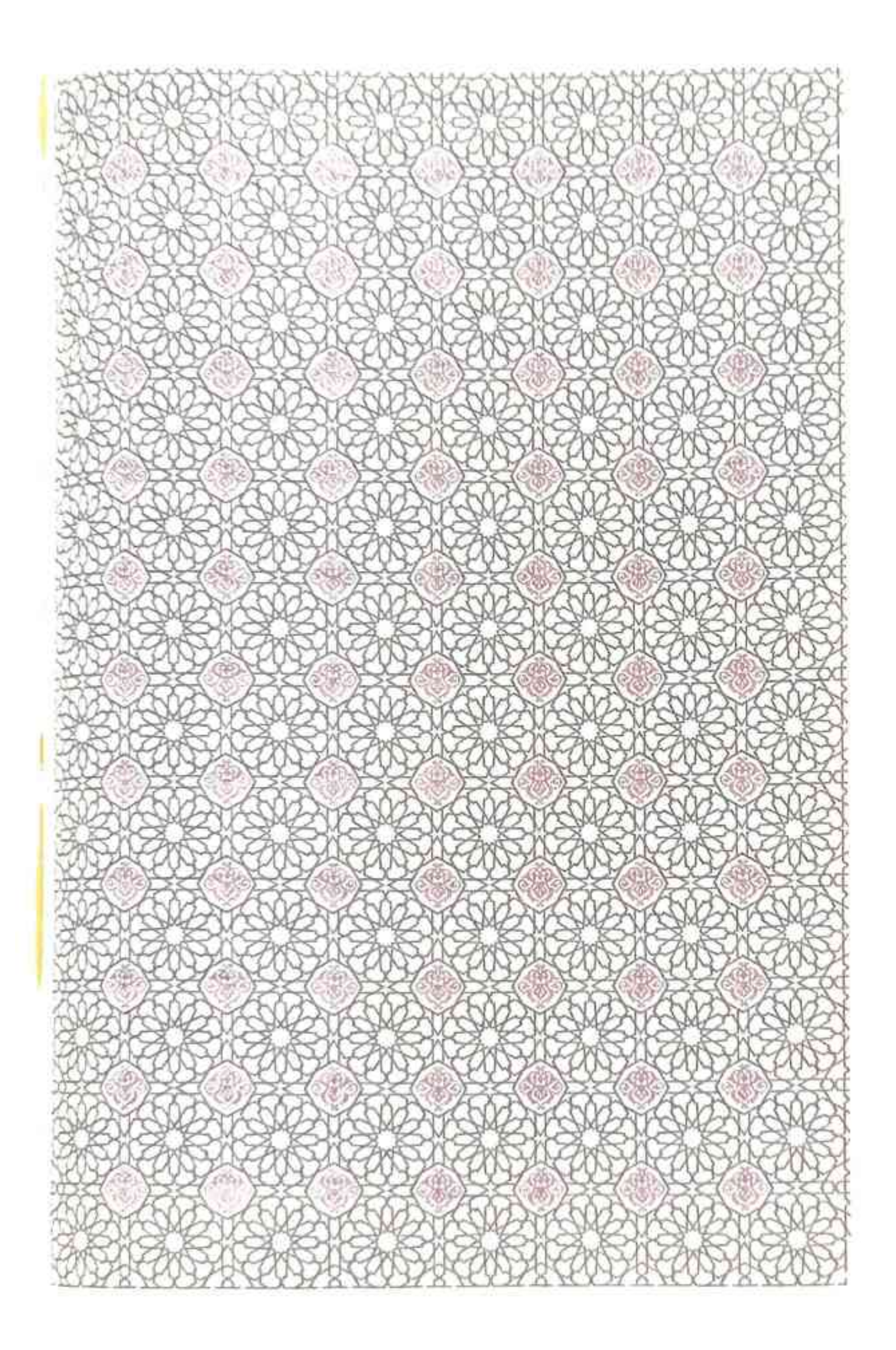
بلدٍ آخرَ، حيثُ يَجُوزُ إلحاقُ قومٍ بهم بعدَ القضاءِ عليهم بعِلَّةِ القِلَّةِ، ولَا يَجُوزُ النَّقلُ بعدَ القضاءِ مِنْ بلدٍ إلىٰ بلدٍ.

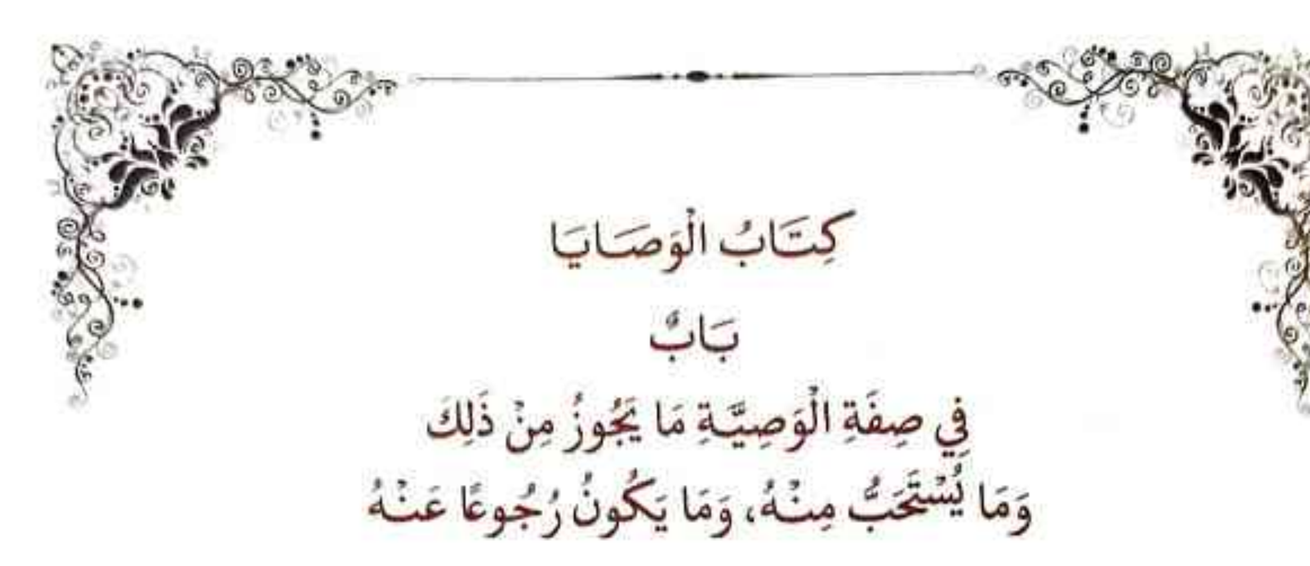
والفرقُ ظاهرٌ؛ **لأنَّ** في النَّقْلِ إبطالَ الحُكْمِ الأوَّلِ، فلَا يَجُوزُ بحالٍ، وفي الضَّمِّ تَكْثيرُ المُتَحَمِّلين لِمَا قُضِيَ عليهم منَ الواجبِ، فكانَ فيه تقريرُ الحُكْمِ الأوَّلِ لَا إبطالُه، وقدْ مَرَّ ذلكَ عندَ قولِه: (**وَلَوْ كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ، وَلَهُ بِهَا عَطَاءٌ، فجُعِلَ دِيوَانُهُ بالْبَصْرَةِ**).

قولُه: (**فَانْتَقَلَ وَلَاءٌ إِلَىٰ وَلَاءٍ**)، تفسيرُ قولِه: (**تَبَدَّلَ حُكْمًا**).

قولُه: (**إِلَّا فِيمَا سَبَقَ أَدَاؤُهُ**)، يَعْنِي: لَا يَشْتركُونَ فيه، بَلْ يَقَعُ ذلكَ منَ الَّذينَ أَدُّوا أوَّلًا قبلَ ضَمِّ أَقْربِ القبائلِ إليهم.

واللهُ أعلمُ.





كِتَابُ الْوَصَايَا

بَابٌ
فِي صِفَةِ الْوَصِيَّةِ مَا يَجُوزُ مِنْ ذَلِكَ وَمَا يُسْتَحَبُّ مِنْهُ، وَمَا يَكُونُ رُجُوعًا عَنْهُ

غاية البيان

كِتَابُ الْوَصَايَا

بَابٌ
فِي صِفَةِ الْوَصِيَّةِ مَا يَجُوزُ مِنْ ذَلِكَ وَمَا يُسْتَحَبُّ مِنْهُ، وَمَا يَكُونُ رُجُوعًا عَنْهُ

إنَّما ذَكَر كِتابَ الوَصايا في آخرِ الكتابِ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ تَمليكٌ مُضافٌ إلىٰ ما بعدَ الموتِ، والموتُ آخِرُ أحوالِ الآدَميِّ، فناسَبَ ذِكْرَ هذا الكِتاب في آخرِ الكُتُبِ؛ لأنَّ للوصيَّةِ تَعَلُّقًا بآخرِ أحوالِ الإنسانِ، وللوصيةِ زيادةُ مُناسَبةٍ بكتابِ الجناياتِ؛ لأنَّ الجنايةَ علىٰ النَّفْسِ تُفْضِي إلىٰ الموتِ الَّذي تَتَعلَّقُ به الوصيَّةُ.

ثُمَّ اعْلَمْ: أنَّ الوصيةَ والوَصَاةَ بالقَصْر، اسمانِ بمعنىٰ المَصْدرِ، منه قولُه تعالىٰ: ﴿حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ﴾ [المائدة: ١٠٦]، ثُمَّ سَمَّىٰ المُوصَىٰ به وَصِيَّةً، ومنه قولُه تعالىٰ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ تُوصُونَ بِهَآ﴾ [النساء: ١٢]، والوِصَايةُ -بالكَسْرِ-: مَصْدَرُ الوَصِيِّ.

وقيلَ: الوَصِيةُ طَلَبُ شَيْءٍ مِنْ غيرِه لِيَفْعلَه علىٰ غَيْبٍ منه حالَ حياتِه وبعدَ وفاتِه.

وأمَّا الوصيةُ شَرْعًا: فتَمليكٌ مُضافٌ إلىٰ ما بعدَ الموتِ بطريقِ التَّبرُّعِ، سواءٌ

....

غاية البيان

كانَ ذلكَ في المنافعِ، أو في الأعيانِ(١)؛ لأنَّ التمليكَ أنواعٌ، فلا بُدَّ لكُلِّ نوعٍ من اسمٍ خاصٍّ ليتميَّزَ عنْ صاحبِه، فالبَيْعُ اسمٌ لتمليكِ عَيْنِ المالِ بعِوَضٍ في حالِ الحياةِ، والهِبَةُ والصَّدَقةُ [٤٩٧/٣و] في حال الحياةِ بغيرِ عِوَضٍ بطريقِ التَّبَرُّعِ.

والعاريةُ تمليكُ المَنْفعةِ بطريقِ التَّبَرُّعِ في حالةِ الحياةِ، فتكُونُ الوصيةُ اسمًا لتَمليكِ المالِ بعدَ الموتِ بطريقِ التَّبَرُّعِ في العَيْنِ والمنافعِ جميعًا.

ثُمَّ الوصيةُ مشروعةٌ بالكتابِ: بقولِه تعالىٰ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١٢]، وبالأحاديثِ الواردةِ في بابِ الوَصِيَّةِ، والإجماعُ انعَقَدَ علىٰ مَشْرُوعيَّتِها أيضًا.

وكذلكَ الإيصاءُ أيضًا مَشرُوعٌ، وهوَ جَعْلُ الرَّجُلِ وَصِيًّا في تركتِه؛ ليَقومَ بمَصالحِ أولادِه بالكتابِ والسُّنَّةِ وإجماعِ الأُمَّةِ.

أمَّا الكتابُ: فقولُه تعالىٰ: ﴿وَأَن تَقُومُواْ لِلۡيَتَٰمَىٰ بِٱلۡقِسۡطِ﴾ [النساء: ١٢٧]، والقيِّمُ في [٢٥٦/٨ظ/م] أمْرِ اليتيمِ هوَ الوَصِيُّ.

وأما السُّنَّةُ: فما رُوِيَ في «الأصلِ»: عنْ حَمْزةَ بنِ عبدِ المُطَّلِبِ رضي الله عنه: «أنَّه أَوْصَىٰ إلىٰ زَيْدِ بنِ حارثةَ حينَ اسْتُشْهِدَ يومَ أُحُدٍ في تَرِكتِه»(٢).

وإجماعُ الأُمَّةِ علىٰ هذا مَنْ لَدُنِ رسولِ اللهِ ﷺ إلىٰ يومِنا هذا، كُلُّهم يَخْتارُون قَيِّمًا في تَرِكَاتِهم عندَ خَوْفِ ضَياعِ أَوْلادِهم وتَرِكَاتِهم.

---

(١) ينظر: «الصحاح» [٢٥٢٥/٦]، «المغرب» [٣٥٧/٢]، «القاموس المحيط» [ص ١٧٣١]، «طلبة الطلبة» [ص/٣٠٥]، «التعريفات» [ص/٢٤٧]، «أنيس الفقهاء» [ص/ ٢٩٧، ٢٩٨]، «تبيين الحقائق» [١٨٢/٦]، «الجوهرة النيرة» [٣٦٦/٢]، «البناية» [٤٨٤/١٢].

(٢) أخرجه: محمد بن الحسن في: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٤٢٥/٥/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن أبي يوسف عن محمد بن إسحاق: أن حَمْزةَ بن عبد المُطَّلِب رضي الله عنه به.

. . . .

والقياسُ: أَنْ يَكونَ كلاهما باطلًا ؛ لأنَّ الأوَّلَ تَمليكٌ مُضافٌ إلىٰ حالِ زَوالِ مَالكِيَّتِه.

والثَّاني: إنابةُ غَيْرِه مَنَابَه مُضافًا إلىٰ حالِ زوالِ[1] وَلايتِه، ولَكِنْ جَوَّزْنَا بالكتابِ [والسُّنَّةِ][2] والآثارِ.

ثُمَّ اختَلفُوا في صِفَةِ المَشْرُوعِيَّةِ، قالَ بعضُهم: إنَّها مشروعةٌ بصِفَةِ الوُجوبِ في حَقِّ الكُلِّ ؛ لِمَا رَوَىٰ البخاريُّ ﷺ في «**الصَّحيحِ**»: مُسنَدًا إلىٰ ابنِ عُمَرَ ﷺ: أنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ**[3]، **يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ**»[4]، وأخرجَه مُسلِمٌ وأبو داودَ والتِّرمِذيُّ والنَّسائيُّ وابنُ مَاجَه.

وقالَ بعضُهم: واجبةٌ في حقِّ الوالدَيْنِ والأَقربِين ؛ لقولِه تعالىٰ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠].

والصَّحيحُ: أنَّها مشروعةٌ بطَرِيقِ النَّدْبِ، وعليه جمهورُ الفُقَهاءِ ؛ لأنَّه إثْباتُ حَقٍّ في مالِه بعَقْدٍ، فَلَمْ يَكُنْ واجِبًا كالهِبَةِ والعاريةِ، ولأنَّ ما لَا يَلزَمُه حالَ حياتِه لَا

---

(١) وقع في الأصل: «زمان»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

(٣) وقع في الأصل: «به»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «صحيح البخاري».

(٤) أخرجه: البُخَارِيّ في كتاب الوصايا/باب الوصايا وقول النبي ﷺ وصية الرَّجُل مكتوبة عنده [رقم/٢٥٨٧]، ومسلم في أول كتاب الوصية [رقم/١٦٢٧]، وأبو داود: في كتاب الوصايا/باب ما جاء في ما يؤمر به من الوصية [رقم/٢٨٦٢]، والتِّرْمِذِيّ: في أبواب الجنائز/باب ما جاء في الحث على الوصية [رقم/٩٧٤]، والنَّسَائِيّ: في كتاب الوصايا/باب الكراهية في تأخير الوصية [رقم/٣٦١٦]، وابن ماجه: في كتاب الوصايا/باب الحث على الوصية [رقم/٢٦٩٩]، وغيرهم من حديث: ابن عُمَر ﷺ.

. . . .

يَلزمُه بعدَ موتِه، كالإجارةِ والبَيْعِ.

وقولُه تعالىٰ: ﴿ٱلْوَصِيَّةَ لِلْوَٰلِدَيْنِ﴾. منسوخٌ بما رُوِيَ في «السُّنن»: مُسْنَدًا إلىٰ أبي أُمامةَ رضي الله عنه قَالَ: سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقولُ: «إِنَّ اللهَ قَدْ أَعْطَىٰ كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[١]. وأَخرجَه التِّرمِذيُّ وابنُ ماجه، وقالَ فيه التِّرْمِذِيُّ: «إنَّه حَسَنٌ»، وهذا الحديثُ مَشهُورٌ تَلَقَّتْه العلماءُ بالقَبولِ، ونَسْخُ الكِتابِ بمِثْلِه جائزٌ عندَنا، وهوَ حُجّةٌ علىٰ الشَّافعيِّ رضي الله عنه، حيثُ يَعتَقِدُ عَدَمَ [جوازِ][٢] نَسْخِ الكِتابِ بالسُّنَّةِ[٣]، وقدِ انتُسِخَ بها.

وقالَ الإمامُ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ رحمه الله: «انْتُسِخَتْ هذه الآيةُ بقولِه تعالىٰ: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢]. فإنَّه[٤] نَصَّ علىٰ الميراثِ بعدَ وصيةٍ مُنَكَّرَةٍ، فلوْ كانَتِ الوصيةُ للوالدَيْنِ والأقربِين ثابتةً بعدَ نُزُولِ هذه الآيةِ لذَكَرها مُعَرَّفَةً؛ لأنَّ تلكَ وصيةٌ مَعهُودةٌ»[٥]، وإنَّما حَمَلَ الرَّازِيُّ علىٰ هذا؛ لأنَّه كانَ لَا يُجَوِّزُ نَسْخَ الكتابِ إلَّا بالخبرِ المُتواترِ.

---

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب الوصايا/باب ما جاء في الوصية للوارث [رقم/٢٨٧٠]، والتِّرمِذِيّ في أبواب الوصايا/باب ما جاء لا وصية لوارث [رقم/٢١٢٠]، وابن ماجه في كتاب الوصايا/باب لا وصية لوارث [رقم/٢٧١٣]، وأحمد في «المسند» [٥/٢٦٧]، والدارقطني في «سننه» [٣/٤٠]، من حديث أَبِي أُمَامَةَ رضي الله عنه به.

قال الترمذي: «هو حديث حسن». وقال ابنُ الملقن: «هذا الحديث حسن». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٦/٧٠٧].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٣) ينظر: «الإبهاج في شرح المنهاج» للسبكي [٢/٢٤٧]. و«الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي [٣/١٥٣]. و«البرهان في أصول الفقه» للجويني [٢/٢٥٣].

(٤) وقع في الأصل: «فإن»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٥) ينظر: «الفصول في الأصول» لأبي بكر الرازي [٢/٣٦٢].

....

وقالَ في «شرحِ [٨/٢٥٧و/م] التأويلاتِ»: «دَعْوَىٰ النَّسْخِ بهذه الآيةِ لَا تَصِحُّ؛ لأنَّ في الآيةِ الأُولَىٰ: أَنَّ اللهَ تعالىٰ فَرَضَ علىٰ المُوصِي الوصيةَ للوالدَيْنِ والأقربِينَ، وفي الآيةِ الثَّانيةِ: بَيَّنَ أنَّه أَوْصَىٰ اللهُ تعالىٰ لهم مِنْ غَيْرِ أنْ [٣/٩٧ظ] نَفَىٰ الوصيةَ مِنَ المُوصِي، ولَا نَهاهُمْ عنها، فيَجِبُ أن يُجْمَعَ بينهما بقَدْرِ الإمكانِ حتَّىٰ لَا يُنْسَخَ الحُكْمُ الثابتُ بالكِتابِ مِنْ غيرِ ضرورةٍ».

والوجهُ في الآيةِ: أنَّ الوَصِيَّةَ للوالدَيْنِ والأَقْرَبِينَ منسوخةٌ بقولِه ﷺ: «فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[1].

وقالَ في «صحيحِ البُخَارِيِّ»: مُسْنَدًا إلىٰ عَطَاءٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما قَالَ: «كَانَ المَالُ لِلْوَلَدِ[2]، وَكَانَتِ الوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ، فَنَسَخَ اللهُ ذَلِكَ[3] مَا أَحَبَّ، فَجَعَلَ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، وَجَعَلَ لِلأَبَوَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسَ، وَجَعَلَ لِلْمَرْأَةِ الثُّمُنَ وَالرُّبُعَ، وَلِلزَّوْجِ الشَّطْرَ وَالرُّبُعَ»[4].

فإنْ قيلَ: إنَّ هذا تَخصِيصٌ وليسَ بنَسْخٍ؛ لأنَّ قولَه تعالىٰ: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ﴾. انصرفَ إلىٰ الوالدَيْنِ المَمْلُوكَيْنِ أو الكافِرَيْنِ، وكذلكَ الزَّوْجة.

وقولُه ﷺ: «لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[5]، انصرفَ إلىٰ الوالدَيْنِ والزوجةِ إذا كانوا وَرَثَةً، فلَا فَرْقَ بينَ الآيةِ والخَبَرِ.

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) في الأصل: «للوالد»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، وهو موافق لِمَا وقع في «صحيح البُخَارِيّ».

(٣) عند البُخَارِيّ: «مِنْ ذَلِكَ».

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الوصايا/ باب لا وصية لوارث [رقم/٢٥٩٦]، من طريق: عَطَاءٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما به.

(٥) مضىٰ تخريجه.

. . . .

قُلْنا: لَا يَجُوزُ انصِرافُ الآيةِ إلىٰ الوالدَيْنِ الكافرَيْنِ؛ لأنَّ كلامَ الحَكِيمِ ﷻ يَنصَرِفُ إلىٰ الأمرِ الظَّاهِرِ، ولَا يَنصَرِفُ إلىٰ الشَّاذِّ النَّادِرِ، فمَتَىٰ ذُكِرَ الوالدانِ؛ فإنَّما يُفْهَمُ منهما الوَالِدانِ المَعْروفانِ، وهُمَا المُسلِمانِ، ولَا يُفْهَمُ الوَالِدانِ الكافرانِ، فثَبَتَ أنَّه لَا يَجُوزُ صَرْفُ الآيةِ إليه.

والجوابُ عنِ الحديثِ الَّذي استَدَلُّوا به علىٰ الوُجوبِ في حَقِّ الكُلِّ فنَقُولُ: لَا نُسَلِّمُ أنَّه يَدُلُّ علىٰ الوُجوبِ، لِمَ لَا يكُونُ المُرادُ منه النَّدْبَ؟ علىٰ أنَّا نَقولُ: الحديثُ وَرَدَ شاذًّا فيما تَعُمُّ به البَلْوَىٰ، والوُجُوبُ لَا يَثْبُتُ بمِثْلِه.

وأَمَّا شَرائِطُ صِحَّةِ الوَصِيَّةِ:

فمنها: أَهلِيَّةُ التَّبَرُّعِ حتَّىٰ لَا تَصِحَّ منَ الصَّبِيِّ والعَبْدِ والمُكاتَبِ في حَقِّ المَولَىٰ.

ومنها: التَّقدِيرُ بثُلُثِ التَّرِكةِ حتَّىٰ إنَّها لَا تَصِحُّ فيما زَادَ علىٰ الثُّلُثِ، إلَّا أنْ تُجِيزَ الوَرَثَةُ، وإجازتُهم ورَدُّهم يَصِحُّ بعدَ الموتِ، ولَا يَصِحُّ قبلَ الموتِ؛ لأنَّ المِلْكَ بالوَّصِيةِ يَثْبُتُ بعدَ الموتِ.

ومنها: ألَّا يَكُونَ المُوصَىٰ له وارِثًا إلَّا أنْ يُجِيزَ الوَرَثةُ، فإنْ أجازَ بعضُ الوَرثةِ؛ يَنفُذُ بقَدْرِ حِصَّتِه مِنَ المِيراثِ لَا غيرَ.

ومنها: ألَّا يَكُونَ قاتِلًا، ولوْ أجازَ الورثةُ يَجُوزُ عندَ [٢٥٧/٨ظ/م] أبي حَنِيفَةَ ومُحمَّدٍ ﵄؛ لِأنَّ المنعَ لِحَقِّهم كما في وصيَّةِ الورثةِ.

وعندَ أبي يوسفَ ؓ: لَا يَجُوزُ؛ لأنَّ المنعَ لِحَقِّ اللهِ، فصارَ كالميراثِ[١].

---

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٥٦، ١٥٧]، «المبسوط» [١٤٣/٢٧، ١٤٤، ١٥٣، ١٧٧]، «تحفة الفقهاء» [٢٠٧/٣، ٢٠٨]، «الفقه النافع» [١٤٠٦/٣]، «بدائع الصنائع» [٤٣٦/٦، ٤٣٧]، «الاختيار» [٥٢٨/٥]، «تبيين الحقائق» [١٨٢/٦، ١٨٣]، «اللباب» [٣٣٦/٢، ٣٣٧].

قَالَ: الْوَصِيَّةُ غَيْرُ وَاجِبَةٍ وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ.

غاية البيان

ومنها: أنْ يَكُونَ المُوصَىٰ له موجودًا حتَّىٰ لوْ أوصَىٰ للجَنِينِ إنْ كانَ موجودًا عندَ الإيصاءِ؛ يَصِحُّ وإلَّا فَلَا، وإنَّما يُعْرَفُ ذلكَ بأَنْ وُلِدَ قبلَ ستَّةِ أشهرٍ.

قولُه: ([قَالَ][1]: الْوَصِيَّةُ غَيْرُ وَاجِبَةٍ وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»[2]، وإنَّما قالَ بالاستِحبابِ بعدَ نَفْيِ الوُجوبِ؛ رَدًّا لقولِ البعضِ أنَّها واجبةٌ[3]؛ لأنَّه لَا يَلزَمُ الاستحبابُ مِنْ نَفْيِ الوُجوبِ لجوازِ الإباحةِ، وذلكَ لأنَّ الوصيَّةَ مَشروعةٌ لنا لَا علينا؛ لِمَا رَوَىٰ الطَّحَاوِيُّ ﷺ في «شرحِ الآثارِ»: مُسنَدًا إلىٰ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ، قَالَ: قَالَ ﷺ: «إِنَّ اللهَ تَعَالَىٰ جَعَلَ لَكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ»[4].

ورَوَىٰ ابنُ ماجه في «سُنَنِه» وقالَ: حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ [٣/٤٩٨و] مُحَمَّدٍ، قَالَ: حَدَّثَنَا وَكِيعٌ، عَنْ طَلْحَةَ بْنِ عَمْرٍو، عَنْ عَطَاءٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «إِنَّ اللهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ»[5]، والمشروعُ لنا لَا يَكُونُ فَرْضًا، ولَا واجِبًا، بَل يَكُونُ مَندُوبًا،

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٢].

(٣) قال في «الينابيع»: قيل: إنها واجبة على العموم، وقيل: واجبة للوالدين والأقربين، والصحيح مندوبة وليست بواجبة. كذا في «التصحيح» [ص٤٦٥]، وانظر رد ابن عابدين على من قال أنها واجبة كما في «رد المحتار» [٦/٦٤٨].

(٤) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/٣٨٠]، من حديث أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ به.
قال ابنُ عبد البر: «هو حديث انفرد به طلحة بن عَمْرو عن عطاء عن أبي هريرة، وطلحة ضعيف».
ينظر: «التمهيد» لابن عبد البر [٨/٣٨٣].

(٥) أخرجه: ابن ماجه في كتاب الوصايا/باب الوصية بالثلث [رقم/٢٧٠٩]، بهذا الإسناد به.
قال ابنُ الملقن: «في إسناده طَلْحَة بن عَمرو الْمَكِّيّ راويه عَن عَطاء، عَن أبي هُرَيْرَة، وَقد ضعفوه، قال أحمد: لا شيء، مَتْرُوك الحَدِيث. وليَّنه الْبَزَّار، فقال: لم يكن بالحافظ». وقال ابن حجر:=

....

ولأنَّ[1] هذا نَوْعُ تَبَرُّعٍ بعدَ الوفاةِ، فيُعْتَبَرُ بالتَّبَرُّعِ قبلَ الوَفاةِ، وذلكَ مَندُوبٌ، فكذا هذا، والكلامُ مَرَّ مُسْتَوْفًى قَبْلَ هذا.

قالَ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «الوصيَّةُ مَحْثُوثٌ عليها، مُرَغَّبٌ فيها، غيرُ مَفرُوضةٍ ولَا مُوجَبةٍ، وهيَ في ثُلُثِ مالِ المُوصِي بعدَ الدَّيْنِ والمَوارِيثُ بعدَهما؛ لقولِ اللهِ عز وجل بعدَ ذِكْرِ المَوارِيثِ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١٢]».

وقالَ الكَرْخِيُّ رحمه الله أيضًا: «الوَصِيَّةُ ما أَوْجَبَها المُوصِي في مالِه مُتَطوِّعًا بها مِن غَيْرِ أنْ يُسْتَحَقَّ ذلكَ عليه، وسَواءٌ أَوجَبَه بمَوْتِه، أوْ في مَرَضِه الَّذي ماتَ فيه، مِثْلُ أنْ يقولَ: أَعْطُوا زَيْدًا مِنْ مالي أَلْفَ درهمٍ، أوْ تَصَدَّقُوا عَنِّي بألفٍ، أوْ حُجُّوا عنِّي، أو أَعتِقُوا عَنِّي، أو يَقُولُ: فلانٌ حُرٌّ بعدَ موتِي، أوْ يأمرُ بذلكَ في شيءٍ مِنَ القُرَبِ بعدَ مَوْتِه، وكذلكَ إنْ فَعَلَ هوَ ذلكَ في مرضِه الَّذي ماتَ فيه، فتَصَدَّقَ، أوْ أَطعَمَ، أوْ كَسَا، أو أَعتَقَ، أوْ وَهَبَ شيئًا مِن مالِه، وكذلكَ ما أَوْجَبَه بمَوْتِه.

فأمَّا ما[2] كانَ مُوجَبًا بموتِه: فسَواءٌ أَوْجَبَه بقولٍ في صحتِه، أوْ مرضِه؛ فهوَ كُلُّه وصيةٌ.

فأمَّا ما أَوْجَبَه بغيرِ شَرْطِ الموتِ: فما كانَ منه في صِحَّتِه فليسَ ذلكَ بوصيةٍ، وهوَ جائِزٌ عليه في جميعِ المالِ، وما كانَ في مَرَضٍ بَرَأَ منه؛ فهوَ كذلكَ مِثْلُ الصِّحَّةِ، وما كانَ في [٨/٢٥٨و/م] مَرَضِه الَّذي ماتَ فيه؛ فإنَّ ذلكَ مِن ثُلُثِه لَا يُجاوَزُ

= «إسناده ضعيف». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٧/٢٥٤]. و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٤/٢٠٦٢].

(١) في الأصل: «لأن»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) في الأصل: «إذا»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَالْقِيَاسُ يَأْبَىٰ جَوَازَهَا؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ مُضَافٌ إِلَىٰ حَالِ زَوَالِ مَالِكِيَّتِهِ، وَلَوْ أُضِيفَ إِلَىٰ حَالِ قِيَامِهَا بِأَنْ قِيلَ مَلَّكْتُك غَدًا كَانَ بَاطِلًا فَهَذَا أَوْلَىٰ، إلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَّاهُ لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهَا، فَإِنَّ الْإِنْسَانَ مَغْرُورٌ بِأَمَلِهِ مُقَصِّرٌ فِي عَمَلِهِ، فَإِذَا عَرَضَ لَهُ الْمَرَضُ الْبَيَاتَ ....

ـــــ غاية البيان ـــــ

به الثُّلُثَ إلَّا أنْ يُجِيزَ ذلكَ الوَرَثةُ، وما أخبرتُك أنَّه وصيةٌ؛ فإنَّ ذلكَ كلَّه في الثُّلُثِ.

وإنْ كانَ ذلكَ لوارثٍ أو يَستحِقُّه وارِثٌ؛ فهوَ باطِلٌ؛ لأنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قالَ: «لَا وَصِيَّةَ لِوارِثٍ»[1].

وأَجمَعَ علىٰ ذلكَ المُسلِمونَ إلَّا أنْ يُجِيزَ ذلكَ الورثةُ فيَجُوزُ عندَنا»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ رحمه الله.

قولُه: (وَالْقِيَاسُ يَأْبَىٰ جَوَازَهَا)، أيْ: جوازُ الوَصِيَّةِ.

وجهُ القِياسِ: ما [قالَ، وقُلْنا][3] قَبل هذا.

وَوَجْهُ الاستِحْسانِ: الكتابُ، وهوَ قولُه تعالىٰ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١٢]، والسُّنَنُ الواردةُ في هذا البابِ وإجماعُ الأمَّةِ.

ويَدُلُّ عليه نَوْعٌ منَ المعقولِ: وهوَ أَنَّ الإنسانَ المُقَصِّرَ إذا نَظَرَ في أحوالِه السَّابقةِ وتَفكَّرَ في معادِه، يُرِيدُ تَدارُكَ تَقصِيرِه بتَحصِيلِ الثَّوابِ بإيثارِ مالِه جَبْرًا لِمَا فاتَ، فجُوِّزَتِ الوصيةُ بقَدْرِ الثُّلُثِ بإبقاءِ مالِكِيَّتِه بعدَ الموتِ دَفْعًا لحاجتِه، كما بَقِيَتْ مالِكِيَّتُه في قَدْرِ التَّجهِيزِ والدَّيْنِ دَفْعًا لحاجتِه أيضًا.

قولُه: (وَخَافَ الْبَيَاتَ)، أرادَ بالبَياتِ الهَلَاكَ والمَوْتَ، والبَيَاتُ: اسْمٌ بمَعْنَىٰ

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٩٧/ داماد].

(٣) في الأصل: «قلنا وقال»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

يحتاج إِلَىٰ تَلَافِي بَعْضِ مَا فَرَطَ مِنْهُ مِنَ التَّفْرِيط بِمَالِهِ عَلَىٰ وَجْهٍ لَوْ مَضَىٰ فِيهِ يَتَحَقَّقُ مَقْصِدُهُ الْمَآلِيُّ، وَلَوْ أَنْهَضَهُ الْبُرْءُ يَصْرِفُهُ إِلَىٰ مَطْلَبِهِ الْحَالِيِّ، فِي شَرْعِ الْوَصِيَّةِ ذَلِكَ فَشَرَعْنَاهُ، وَمِثْلُهُ فِي الْإِجَارَةِ بَيَّنَّاهُ، وَقَدْ تَبْقَىٰ الْمَالِكِيَّةُ بَعْدَ الْمَوْتِ بِاعْتِبَارِ الْحَاجَةِ كَمَا فِي قَدْرِ التَّجْهِيزِ وَالدَّيْنِ، وَقَدْ نَطَقَ بِهِ الْكِتَابُ وَهُوَ قَوْله تَعَالَىٰ ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١٢] وَالسُّنَّةُ وَهُوَ قَوْلُ النَّبِيِّ - ﷺ - «إِنَّ اللهَ تَعَالَىٰ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ تَضَعُونَهَا حَيْثُ شِئْتُمْ» أَوْ قَالَ «حَيْثُ أَحْبَبْتُمْ» وَعَلَيْهِ إِجْمَاعُ الْأُمَّةِ.

ثُمَّ تَصِحُّ لِلْأَجْنَبِيِّ فِي الثُّلُثِ مِنْ غَيْرِ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ لِمَا بَيَّنَّاه، وَسَنُبَيِّنُ مَا هُوَ الْأَفْضَلُ بِهِ فِيهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: وَلَا يَجُوزُ بِمَا زَادَ عَلَىٰ الثُّلُثِ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ - ﷺ - فِي حَدِيثِ سَعْدِ

غاية البيان

التَّبْيِيتِ، وهوَ أنْ يأتِيَ العَدُوُّ لَيْلًا.

قولُه: (إِلَىٰ تَلَافِي بَعْضِ مَا فَرَطَ مِنْهُ مِنَ التَّفْرِيط)، أَيْ: إلىٰ تَدارُكِ بعضِ ما سَبَقَ منه منَ التَّقصِيرِ.

قوله: (وَمِثْلُهُ فِي الْإِجَارَةِ بَيَّنَّاهُ)، يَعْنِي: كما أَنَّ الوَصِيةَ لَا تَجُوزُ في القِياسِ، وتَجُوزُ في الاستِحسانِ، فكذلكَ الإجارةُ لَا تَجُوزُ في القِياسِ؛ لأنَّها تَملِيكُ مَنْفعةٍ معدومةٍ [٣/٤٩٨ظ]، ولكنَّها جُوِّزَتِ استِحْسانًا دَفْعًا لحاجةِ النَّاسِ.

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّاه)، إشارةٌ إلىٰ وَجْه الاستِحسانِ مِنَ المنقولِ والمعقولِ.

قولُه: (وَسَنُبَيِّنُ مَا هُوَ الْأَفْضَلُ بِهِ فِيهِ)، أَيْ: في فِعْلِ الوصيَّةِ، أوْ في قَدْرِ الوَصِيَّةِ، وأشارَ بذلكَ إلىٰ ما قالَ بعدَ ورقةٍ بقَوْلِه: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُوصِيَ الْإِنْسَانُ بِدُونِ الثُّلُثِ).

قولُه: (قَالَ: وَلَا يَجُوزُ بِمَا زَادَ عَلَىٰ الثُّلُثِ)، أَيْ: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله

بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ - رضي الله عنه - «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ» بَعْدَ مَا نَفَى بِالْكُلِّ وَالنِّصْفِ، وَلِأَنَّهُ حَقُّ الْوَرَثَةِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ انْعَقَدَ سَبَبُ الزَّوَالِ إِلَيْهِمْ وَهُوَ اسْتِغْنَاؤُهُ عَنِ الْمَالِ

﴿ غاية البيان ﴾

في «مختصره»[(١)].

والأَصْلُ في ذلكَ: ما رَوَىٰ مُحمّدُ بنُ الحَسَنِ رحمه الله في كتابِ «الآثارِ» وقالَ: أخبَرنا أبو حَنِيفَةَ قالَ: حَدّثَنا عطاءُ بنُ السَّائِبِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَعْدِ بْن أَبِي وَقَّاصٍ رضي الله عنه، قالَ: دَخَلَ النَّبِيُّ ﷺ يَعُودُنِي قَالَ: فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ، أُوصِي بِمَالِي كُلِّهِ، قَالَ: «لَا»، فَقُلْتُ: فَبِالنِّصْفِ؟ قَالَ: «لَا». قُلْتُ: فَبِالثُّلُثِ؟ قَالَ: **«الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، لَا تَدَعْ أَهْلَكَ يَتَكَفَّفُونَ** [٨/٢٥٨ظ/م] **النَّاسَ»**[(٢)].

وفي رِوايةِ «صحيحِ البُخارِيِّ»: «إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»[(٣)]، ولأنَّ ما شُرِعَ لحاجةِ العبدِ تَبْقَىٰ مالِكِيَّتُه فيه بعدَ الموتِ؛ لأنَّ الموتَ لَا يُنافي الحاجةَ، بَلْ يُحَقِّقُها، إِذِ الموتُ مَعْنًى يُنافي الحياةَ، وهوَ عَجْزٌ كُلُّه، والحاجةُ نَقْصٌ يَنجَبِرُ بالمطلوبِ، ولِهذا قُدِّم تَجهِيزُه، ثُمَّ دِيونُه، ثُمَّ وَصاياهُ علىٰ الإرْثِ، وبَقِيَتْ مالِكِيَّتُه في الوصيَّةِ لِيتَدارَكَ بعضَ تَقصِيراتِه السَّالِفَةِ؛ لأنَّه يَحتاجُ إلىٰ التَّدارُكِ، مُقدَّرَةٌ بالثُّلُثِ بالحَدِيثِ، وَلَمْ تَجُزْ وَصِيَّتُه بالثُّلُثِ أيضًا في حَقِّ الوَرَثةِ بالحديثِ الآخرِ.

والمَعْنَىٰ فيه: أَنَّ حالَ مَرَضِ الموتِ حالُ استِغنائِه عنِ المالِ، فإذا كانَ كذلكَ؛ كانَ أَولَىٰ النَّاسِ بمالِه أقربَ النَّاسِ إليه منَ الورثةِ، ولكنَّ استغناءَه عنِ المالِ في قَدْرِ الثُّلُثِ، لَمْ يُظْهِرْه الشرعُ في حَقِّ الأَجْنَبِيِّ، فَبَقَّيْنا حاجَتَه في ذلكَ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٢].

(٢) أخرجه: محمد بن الحسن في «الآثار» [٢/ ٥٦٠/ طبعة: دار النوادر]، بهذا الإسناد به، والحديث مضىٰ تخريجه.

(٣) مضىٰ تخريجه.

فَأَوْجَبَ تَعَلُّقَ حَقِّهِمْ بِهِ، ....

القدرِ في حَقِّ الأَجنَبِيِّ، فصَحَّ إيصاؤُه له به.

وقدْ ظَهَرَ استِغْناؤُه في حَقِّ الوارثِ، فَلَمْ يَصِحَّ إيصاءٌ له أَصْلًا بقولِه ﷺ: «فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[1].

والمَعْنَى في ذلكَ: أنَّه لوْ صَحَّ في حَقِّ الوارِثِ؛ يَلزَمُ قَطِيعَةُ الرَّحِمِ بإيثارِ المُوصِي بعضَ الوَرَثةِ على البعضِ؛ لأنَّه يَلزَمُ مِن ذلكَ تَأَذِّي مَن لَمْ يُوصَ له.

قالوا في حديثِ سَعْدٍ فوائدُ:

منها: أنَّ مِنْ حَقِّ المريضِ أنْ يُعادَ.

ومنها: أنَّه لَا بأسَ للإنسانِ أنْ يَستَفْتِيَ مِنَ المُفْتِي وإنْ لَمْ يَأْتِ بيتَ المُفتِي.

ومنها: أنَّ الوَصِيَّةَ بما زادَ على الثُّلُثِ لَا يَجُوزُ.

ومنها: أنَّ عَدَمَ الجَوازِ لِحَقِّ الورثةِ، حيثُ أشارَ ﷺ إليه بقولِه: «لَئِنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ»[2].

ومنها: أنَّ المُستَحَبَّ في الوصيَّةِ: أنْ يُوصِيَ بما دُونَ الثُّلُثِ؛ لقوله ﷺ: «الثُّلُثُ والثُّلُثُ كَثِيرٌ»[3].

ومنها: أنَّ الغَنِيَّ الشّاكِرَ أفضَلُ منَ الفقيرِ الصَّابرِ؛ لقولِه ﷺ: «لَئِنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ»[4]، وفي أنَّ الغَنِيَّ الشَّاكرَ أفضلُ، أو الفقيرَ الصَّابِرَ: كلامٌ بَيْنَ المَشايخِ ﷺ مرَّ في كتابِ الهِبَةِ.

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) هذا جزء من حديث سعد ﷺ وقد مضى تخريجه.

(٣) هذا جزء من حديث سعد ﷺ وقد مضى تخريجه.

(٤) هذا جزء من حديث سعد ﷺ وقد مضى تخريجه.

إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يُظْهِرْهُ فِي حَقِّ الْأَجَانِبِ بِقَدْرِ الثُّلُثِ لِيَتَدَارَكَ مَصِيرَهُ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَأَظْهَرَهُ فِي حَقِّ الْوَرَثَةِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يُتَصَدَّقُ بِهِ عَلَيْهِمْ تَحَرُّزًا عَمَّا يَتَّفِقُ مِنَ الْإِيثَارِ عَلَىٰ مَا [٢٨٤/و] نُبَيِّنُه، وَقَدْ جَاءَ فِي الْحَدِيثِ: «الْحَيْفُ فِي الْوَصِيَّةِ مِنْ أَكْبَرِ الْكَبَائِرِ» وَفَسَّرُوهُ بِالزِّيَادَةِ عَلَىٰ الثُّلُثِ وَبِالْوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ.

غاية البيان

وفي عامَّةِ رواياتِ الحديثِ المذكورِ رُوِيَ: «الشَّطْرُ»، مكانَ «النِّصْفِ»، وهوَ بمعنىٰ النِّصفِ.

والعَالةُ: جَمْع عائِلٍ، وهوَ الفقيرُ.

تَكَفَّفَ السّائلُ واسْتَكَفَّ: إذا بَسَطَ كَفَّهُ بالسُّؤَالِ، أو[١] سَأَلَ النَّاسَ كَفًّا [٤٩٩/٣و] مِنْ طعامٍ، أوْ ما يَكُفُّ الجَوْعَةَ. كذا في «الفائِقِ»[٢] في الشِّينِ معَ الطَّاءِ.

قولُه: (لَمْ يُظْهِرْهُ)، الضميرُ البارزُ فيه، وفي قولِه: (وَأَظْهَرَهُ)، إلىٰ الاستغناءِ.

قولُه: (تَحَرُّزًا عَمَّا يَتَّفِقُ مِنَ الْإِيثَارِ)، أي: احترازًا عَمّا [٢٥٩/٨و/م] يَتَّفِقُ مِن إيثارِ المُوصِي بعضَ الورثةِ علىٰ البعضِ في الوصيَّةِ؛ لأنَّه حينئذٍ يَتَأَذَّىٰ البعضُ الآخرُ، فيُفْضِي ذلكَ إلىٰ قَطْعِ الرَّحِمِ، وهوَ حَرامٌ بالنَّصِّ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُه)، إشارةٌ إلىٰ قولِه عندَ قولِه: (وَلَا تَجُوزُ لِوَارِثِهِ، وَلِأَنَّهُ يَتَأَذَّىٰ الْبَعْضُ بِإِيثَارِ الْبَعْضِ).

قولُه: (وَقَدْ جَاءَ فِي الْحَدِيثِ: «الْحَيْفُ فِي الْوَصِيَّةِ مِنْ أَكْبَرِ الْكَبَائِرِ»[٣]).

---

(١) وقع في الأصل: «إما»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، وهو الموافق لِمَا وقع في «الفائق».

(٢) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [٢/٢٤٤].

(٣) أخرجه: ابْنُ مَرْدويه في «تفسيره». كما في «تفسير ابن كثير» [١/٤٩٦]، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «الْحَيْفُ فِي الْوَصِيَّةِ مِنَ الْكَبَائِرِ».

وأخرجه: الدارقطني في «سننه» [٤/١٥١]، والطبراني في «المعجم الأوسط» [رقم/٨٩٤٧]،=

قال: إِلَّا أَنْ يُجِيزَهَا الوَرَثَةُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَهُمْ كِبَارٌ لِأَنَّ الامْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ وَهُمْ

ولنا في صحَّةِ هذا الحديثِ نَظَرٌ، ومع هذا يُرْوَىٰ: «الحَيْفُ» بالحاءِ المهملةِ المفتوحةِ وبالياءِ الساكنةِ، بمعنىٰ: الجَوْرِ، ويُرْوَىٰ بالجيم والنُّونِ المفتوحتَيْنِ، يعني: «المَيْل»، منه قولُه تعالىٰ: ﴿فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا﴾ [البقرة: ١٨٢]، وفَسَّرُوه في الآيةِ بالوصيَّةِ بما زادَ علىٰ الثُّلُثِ، وبالوصيَّةِ للوارثِ.

ولكنْ قالَ في «الغَرِيبَيْنِ»: وفي الحديثِ: «إِنَّا نَرُدُّ [مِنْ][1] جَنَفِ المَظَالِمِ ما يُرَدُّ مِنْ جَنَفِ المُوصِي»[2].

وقالَ في «الفائقِ»: «التجانُف: المَيْلُ، والجَنَفُ والإِجْنافُ كذلكَ، ومنه حديثُ عُروةَ ﷺ: يُرَدُّ مِنْ صَدَقَةِ الْجَانِفِ فِي مَرَضِهِ مَا يُرَدُّ مِنْ وَصِيَّةِ الْمُجْنِفِ عِنْدَ مَوْتِهِ»[3]. إلىٰ هنا لفظُ «الفائقِ»[4].

قولُه: (إِلَّا أَنْ يُجِيزَهَا الوَرَثَةُ)، وهوَ لَفْظُ القُدُورِيِّ، وهوَ استثناءٌ مِنْ قولِه:

= والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/٢٧١]، مرفوعًا من حديث ابن عبَّاسٍ ﷺ بلفظ: «الإِضْرَارُ فِي الوَصِيَّةِ مِنَ الكَبَائِرِ». هذا لفظ البيهقي.

وأخرجه: سعيد ابن منصور في «سننه» [رقم/٣٤٢]، ومن طريقه: البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/٢٧١]، موقوفًا علىٰ ابن عباس ﷺ بلفظ: «الْجَنَفُ فِي الْوَصِيَّةِ وَالإِضْرَارُ فِيهَا مِنَ الْكَبَائِرِ».

قال البيهقي - عقبه -: «هذا هو الصحيح موقوف... ورُوِيَ مِن وجه آخر مرفوعًا، ورَفْعُه ضعيف».

وقال ابنُ أبي العز: «قالوا: إنّ رَفْعه لا يصح، وإنما هو من كلام ابن عباس نفسه». ينظر: «التنبيه علىٰ مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٥/٩٤٠]، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/٢٨٩].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من «ن»، و«غ»، وهو موافق لِمَا وقع في «الغَرِيبَيْنِ».

(٢) ينظر: «الغريبين» لأبي عبيد الهروي [١/٣٧٧].

(٣) أخرجه: أبو داود في «مراسيله» [رقم/١٩٤]، من طريق العَبَّاس بن الوليد بن مَزْيَد، عن أبيه، عن الأوزاعي، عن الزهري عن عُروة ﷺ به.

قال أبو داود: «هذا الحديث، لا يصح رفْعُه».

(٤) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [١/٢٣٩].

أسقطوه (وَلَا مُعْتَبَرَ بِإِجَازَتِهِمْ فِي حَالِ حَيَاتِهِ) لِأَنَّهَا قَبْلَ ثُبُوتِ الْحَقِّ إِذِ الْحَقُّ

غاية البيان

(ولا يجوزُ بما زادَ على الثُّلُثِ).

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسبيجابيُّ رحمه الله في «شرحِ الكافي»: «ولوْ أوصَى بأكثرَ منَ الثُّلُثِ، لَمْ يَجُزِ الفَضلُ على الثُّلُثِ إلَّا أنْ يُجيزَها الورثةُ بعدَ موتِه وهم كِبارٌ؛ لأنَّ عَدَمَ الصِّحةِ لِحقِّهم، فمتى رَضُوا بسُقوطِ حَقِّهم؛ نَفَذَ تَصرُّفُه.

ولوْ أجازُوا في حياتِه، ثُمَّ رَدُّوهُ بعدَ موتِه؛ كانَ لهم ذلكَ، وكذلكَ إنْ كانَتِ الوصيَّةُ للوارثِ فهوَ على هذا، إنْ أجازُوها بعدَ الموتِ؛ ليسَ لهم أنْ يَرْجِعُوا عنْ ذلكَ، وإنْ كانَ في حالِ الحياةِ؛ لهم أنْ يَرْجِعُوا بعدَ الموتِ، وهذا عندَنا.

وقالَ ابنُ أبي لَيْلَى: ليسَ لهم أنْ يَرْجِعُوا في الوجهَيْنِ؛ لأنَّ حَقَّهم ثَبَتَ في مَرَضِ الموتِ، فأمَّا إذا ماتَ تَبيَّنَ أنَّهم أسقَطُوا حَقَّهم بعدَ ثبوتِه، فَصَحَّ[1].

ولَنا: أنَّ حَقَّهم ثَبَتَ عندَ الموتِ؛ لأنَّه إنَّما يُحْكَمُ بكَوْنِ المريضِ مَرَضَ الموتِ عندَ الموتِ، ولكنَّه يُسْتَندُ إلى أوَّلِ المَرَضِ بعدَ ذلكَ، والاستنادُ لَا يَعْمَلُ إلَّا في القائمِ، وتَصرُّفُهم حينَ وَقَع إجازةً وَقَع لَغْوًا؛ لأنَّ لهم مُجرَّدَ حَقٍّ حينئذٍ لَا حقيقةَ المِلْكِ، فلَا يَثْبُت له حُكْمُ الإجازةِ وهوَ مُنْتَقضٌ.

وإنْ ظَهَرَ أنَّه كانَ ثابتًا؛ لأنَّ ذلكَ الحَقَّ يَنقَلِبُ حقيقةً [٢٥٩/٨ظ/م] عندَ الموتِ، ولوْ أعْمَلْنا إجازتَهم قَبْله؛ لأَبْطَلْنا الحقيقةَ بعدَ الموتِ بذلك، فلَا يَجُوزُ؛ لأنَّ الرِّضا بِبُطْلانِ مُجرَّدِ حَقٍّ لَا يَدُلُّ على الرِّضا بِبُطْلانِ حقيقةِ المِلْكِ.

وقالَ مُحمَّدٌ رحمه الله في «الكتابِ»: بَلَغَنا ذلكَ عنِ ابنِ مَسعودٍ رضي الله عنه. يَعْنِي: إنَّ إجازةَ الورثةِ للوَصيَّةِ قبلَ الموتِ لَيْسَ بِشَيْءٍ».

---

(١) ينظر: «اختلاف أبي حَنيفةَ وابن أبي ليلى» لأبي يوسف [ص/٨٢].

يَثْبُتُ عِنْدَ الْمَوْتِ فكَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ لِأَنَّهُ بَعْدَ ثُبُوتِ الْحَقِّ فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا عَنْهُ؛ لِأَنَّ السَّاقِطَ مُتَلَاشٍ.

غَايَةُ الْأَمْرِ أَنَّهُ يُسْتَنَد عِنْدَ الْإِجَازَةِ، لَكِنَّ الِاسْتِنَادَ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْقَائِمِ وَهَذَا قَدْ مَضَىٰ وَتَلَاشَىٰ، وَلِأَنَّ الْحَقِيقَةَ تَثْبُتُ عِنْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَهُ يَثْبُتُ مُجَرَّدُ الْحَقِّ، فَلَوْ اسْتَنَدَ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ يَنْقَلِبُ حَقِيقَةً قَبْلَهُ، وَالرِّضَا بِبُطْلَانِ الْحَقِّ لَا يَكُونُ رِضًا بِبُطْلَانِ الْحَقِيقَةِ وَكَذَا إِنْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ وَأَجَازَهُ الْبَقِيَّةُ فَحُكْمُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ.

غاية البيان

قولُه: (فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ)، أَيْ: للورثَةِ [٣/٤٩٩ظ] أَنْ يَرُدُّوا مَا أَجَازُوا مِنَ الوَصِيَّةِ الزَّائدةِ علىٰ الثُّلُثِ بعدَ مَوْتِ المُوصِي إذا كانَتْ إجازتُهم في حياتِه، بخِلافِ ما إذا كانَتِ الإجازةُ بعدَ الموتِ، حيثُ لَا يَكُونُ لهم الرَّدُّ بعدَ ذلكَ؛ لأنَّهم أَسقَطُوا حَقَّهم بعدَ ثُبوتِه.

قولُه: (لِأَنَّ السَّاقِطَ مُتَلَاشٍ)، يَتعلَّقُ بقولِه: **(فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ)**، **يَعْنِي**: إنَّما كانَ للوَرَثةِ رَدُّ ما أَجازُوه في حَالِ حياةِ المُوصِي؛ لأنَّ إجازتَهم كانَتْ ساقطةً حينئذٍ لِعَدَمِ مُصادَفَتِها مَحَلَّها؛ لأنَّ الحَقَّ لَمْ يَثْبُتْ لهم إلَّا عندَ المَوْتِ، فلمَّا كانَتْ تلكَ الإجازةُ ساقطةً كانَ لهم رَدُّها؛ لأنَّها لَمْ تَكُنْ مُعتَبَرةً.

ولَا يُقالُ: إذا ثَبَتَ حَقُّهم عندَ الموتِ؛ يستَندُ ذلكَ إلىٰ أَوَّلِ المَرَضِ، فبالمَوْتِ يَظهَرُ أنَّ حَقَّهم كانَ ثابتًا قبلَ الموتِ، فيَصِحُّ إجازتُهم.

لأنَّا نَقولُ: الإجازةُ حينَ وَقَعَتْ سَقطَتْ وتَلَاشَتْ؛ لِعَدَمِ مُصادفتِها مَحَلَّها، وأَثَرُ الاستنادِ إنَّما يَظهَرُ في القائمِ لَا في المُتَلاشِي، كما في العُقُودِ المَوقُوفةِ إذا لَحِقَتْها الإجازةُ، فإنما تَصِحُّ إذا كانَ المَعقُودُ عليه قائِمًا لَا هالِكًا، وكثُبوتِ المِلْكِ في المَغصُوبِ إذا أَدَّىٰ ضمانَه.

وَكُلُّ مَا جَازَ بِإِجَازَةِ الوَرَثَةِ يَتَمَلَّكُهُ الْمُجَازُ لَهُ مِنْ قِبَلِ الْمُوصِي عِنْدَنَا. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ مِنْ قِبَلِ الْوَارِثِ، وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا لِأَنَّ السَّبَبَ صَدَرَ مِنَ الْمُوصِي، وَالْإِجَازَةُ رَفْعُ الْمَانِعِ وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ الْقَبْضُ فَصَارَ كَالْمُرْتَهِنِ إِذَا أَجَازَ بَيْعَ الرَّاهِنِ.

غاية البيان

قولُه: (وَكُلُّ مَا جَازَ بِإِجَازَةِ الوَرَثَةِ يَتَمَلَّكُهُ الْمُجَازُ لَهُ مِنْ قِبَلِ الْمُوصِي عِنْدَنَا. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمه الله: مِنْ قِبَلِ الْوَارِثِ)، ذَكرَه تَفرِيعًا.

قالَ في «مختصرِ الأسرارِ»: «إذا أَوصَىٰ بجَمِيعِ مالِه، فأَجازَتِ الورَثةُ؛ كانَ تَمليكًا مِنَ المَيِّتِ، وكذلكَ الوَصِيةُ للوارِثِ خِلافَ أَحَدِ قَوْلَيِ الشّافِعِيِّ: يَكُونُ هبةً مِنَ الوَرَثةِ، [إنْ قُبِضَتْ صَحَّتْ، وإلَّا بَطَلَتْ[1]]».

لنا: قولُه ﷺ: «لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يُجِيزَهَا الوَرَثَةُ»[2]][3]، فدَلَّ علىٰ أَنَّهم إذا أجازُوها كانَتْ وَصِيَّةً؛ لأنَّه أَثبَتَ بالاستِثناءِ مَا نَفَاهُ، ولأنَّه عَقْدٌ علىٰ مِلْكِ نَفْسِه مع تَعَلُّقِ حَقِّ الغَيْرِ به، فإذا أَسقَطَ الغَيْرُ حَقَّه؛ نَفَذَ العَقْدُ منْ جِهَتِه، كما لوْ أَوصَىٰ وعليه دَيْنٌ فأَبرَأَهُ الغريمُ، وكالراهنِ إذا باعَ الرَّهْنَ فأجازَه المُرتهِنُ، ولِأَنَّ الهِبَةَ المُبْتَدَأَةَ لَا تَجُوزُ بلَفْظِ الإِجازةِ، فلَمّا جازَتِ الوصيَّةُ بهذا اللَّفْظِ؛ دَلَّ أَنَّ

(١) و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٣٤٢/٢].

(٢) أخرجه: أبو داود في «المراسيل» [رقم/ ٣٤٩]، والدارقطني في «سننه» [٩٧/٤]، ومن طريقه: البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٢٦٣/٦]، وغيرهم من طريق: ابْنِ جُرَيْجٍ، عَنْ عَطَاءٍ الْخُرَاسَانِيِّ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما مرفوعًا بلفظ: «لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ، إِلَّا إِنْ شَاءَ الْوَرَثَةُ».
قال أبو داود ـ عقب تخريجه ـ: «عطاء الخراساني لم يُدْرِك ابنَ عباس ولم يَره».
وقال ابنُ حَجرَ: «هذا إسناد ظاهره الصحة؛ إذِ المُتَبادر أن عطاء هو ابن أبي رباح، فلو كان كذلك؛ لكان علىٰ شَرْط الصحيح، لكن عطاء المذكور هو الخُراسانِيّ، وفيه ضَعْف، ولم يسْمَع مِن ابن عباس». ينظر: «موافقة الخُبْر الخَبَر» لابن حجر [٣٢٢/٢].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

قَالَ: وَلَا يَجُوزُ لِلْقَاتِلِ عَامِدًا كَانَ أَوْ خَاطِئًا بَعْدَ أَنْ كَانَ مُبَاشِرًا) لِقَوْلِهِ - ﷺ - «لَا وَصِيَّةَ لِلْقَاتِلِ» ....

غاية البيان

[٢٦٠/٨د/م] الإجازة إمْضاءٌ لعَقْدِ المُوصِي.

قالُوا: مِلْكُ للوارثِ مَلَكَه بِمَوْتِ المُوصِي، فوَجَبَ أن يكونَ تَمليكًا منه، كمَا لو وَهَبَ مِلْكَ نَفسِه.

قُلْنا: مِلْكُ الوارثِ عندَنا مِلْكٌ مُرَاعًى، فإذا أجازَ عَقْدَ المُوصِي رَدَّ المِلْكَ وأسقَطَ حَقَّه عنه، فنَفَذَ فيه حَقُّ المَيِّتِ، والمَعْنَى في الهِبَةِ المُبْتَدَأَةِ أنها تَفتَقِرُ إلى لَفْظٍ يَصِحُّ ابتداءُ العَقْدِ به، فلَمَّا لَمْ يَفْتَقِرْ هنا إلى لَفْظٍ يَجُوزُ ابتداءُ العَقْدِ به؛ لَمْ يَكُنْ تَمليكًا مِنَ الوارثِ.

وفائدةُ تَملُّكِ المُجَازِ له، وهوَ المُوصَى له مِنَ المُوصِي صَحَّتِ الإجازةُ في المُشَاعِ[١]، وكونُه مِلْكًا له قبلَ التَّسلِيمِ، وكونُ الوارثِ مَجْبورًا بالتَّسلِيمِ بعدَ الإجازةِ، ولوْ كانَتْ هِبةً مُبتَدأةً منَ الوارثِ؛ انعكَسَتِ الأحكامُ، فعلى ما قالَ الشَّافعيُّ ﷺ: لَا جَبْرَ على التَّسليمِ، ولَا مِلْكَ قبلَ التَّسلِيمِ.

قولُه: (قَالَ: وَلَا يَجُوزُ لِلْقَاتِلِ)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ ﷺ في «مختصرِه»[٢].

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» ﷺ: (عَامِدًا كَانَ أَوْ خَاطِئًا بَعْدَ أَنْ كَانَ مُبَاشِرًا)، وإنَّما قَيَّد بالمُباشرةِ؛ لأنَّه إذا لَمْ يَكُنْ مُباشِرًا لَا يَتَعلَّقُ به حِرْمانُ الميراثِ وبُطْلانُ الوَصِيَّةِ، ولَا تَجِبُ الكفَّارةُ أيضًا كما في حافِرِ البئرِ، وواضِعِ الحَجَرِ في غيرِ مِلْكِه[٣].

وعندَ مالكٍ ﷺ: تَصِحُّ الوصيةُ للقاتلِ[٤].

---

(١) في الأصل: «الشارع»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص/ ٢٤٢].

(٣) ينظر: «التجريد» [١١/ ٥٨١٨]، «المبسوط» [٢٧/ ٦]، «بدائع الصنائع» [٧/ ٢٧٤].

(٤) ينظر: «المدونة» لسحنون [٤/ ٣٤٧]، و«التلقين في الفقه المالكي» للقاضي عبد الوهاب [٢/ ٢١٩].

غاية البيان

وعنِ الشَّافعِيِّ ﵀ ثلاثةُ أقوالٍ: في [٣/٥٠٠و] قولٍ: تَصِحُّ، [وفي قولٍ: لَا تَصِحُّ][1]، وفي قولٍ: فرَّقَ بينَ الوصيةِ للجارحِ قبلَ الوصيةِ، وبينَ الجارحِ بعدَ الوصيةِ له، فإنَّه مُسْتَعجِلٌ لحَقِّه كالإرثِ. كذا في «وجيزِهم»[2].

احتَجَّ مَن جوَّزَ: بأنَّه[3] أجنبيٌّ منه، فصَحَّتِ الوصيةُ له[4] كغَيْرِ القاتلِ.

ولنا: ما قالَ مُحمَّدٌ ﵀ في «الأصلِ»: بَلَغَنا عنْ عليٍّ ﵁: أنَّه لَمْ يَجْعَلْ للقاتلِ مِيراثًا، وعنْ عُمَرَ ﵁ [مِثْلُه، ورَوَىٰ عنْ عَلِيٍّ][5] في «الأسرارِ» وغيرِه: أنَّه قالَ: «لَا وصيَّةَ لقاتلٍ»، ولَا مُخالِفَ [له][6]، فحَلَّ مَحَلَّ الإجماعِ».

ورُوِيَ عنْ عَبِيدةَ السَّلْمَانِي ﵀ في كُتُبِ التَّفاسيرِ أنَّه قالَ: لَمْ يُوَرَّثْ قاتلٌ بعدَ صاحبِ البقَرةِ[7]، ولأنَّ القاتلَ استَعْجَلَ ما أَجَّلَه اللهُ؛ لأنَّ المُوصَىٰ له يَتمَلَّكُ الوصيةَ بعدَ موتِ المُوصِي، فبالقتلِ استَعْجَلَ ذلكَ، فيُرَدُّ عليه، كما في الوارثِ إذا قَتَلَ مُوَرِّثَه يُحْرَمُ الميراثُ؛ لأنَّه استَعجَلَ ما أَخَّرَه اللهُ تعالىٰ.

أوْ نقولُ: الوصيةُ يَنتَقِلُ المِلْكُ فيها بعدَ الموتِ، فيَمْنَعُ منه القتلُ كالإِرْثِ، ولأنَّ المُوصَىٰ له شريكُ الوارثِ، يَزِيدُ حَقُّه بزيادةِ المالِ، ويَنْقُصُ [٨/٢٦٠ظ/م] بنُقصانِ المالِ، فإذا أسقَطَ القتلُ أحدَ الحَقَّيْنِ؛ أسقَطَ الآخَرَ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م».
(٢) ينظر: «الوجيز/مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٧/٢٠].
(٣) في الأصل: «أنه»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».
(٤) في الأصل: «لهم»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م».
(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٦) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٧) أخرجه: ابن أبي حاتم «تفسيره» [١/١٣٦]، وابن حزم في «المحلىٰ» [١١/٨٠]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/٢٢٠]، من طريق مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ عَنْ عَبِيدَةَ السَّلْمَانِيِّ ﵀ به.

. . . .

يُوضِّحُه: أنَّ الميراثَ يَتعلَّقُ بسببٍ لَا يَنْفَسِخُ، والوصيةُ تَتعلَّقُ بسببٍ يَنْفَسِخُ، فإذا مَنعَ القتلُ أَقْوىٰ الحَقَّيْنِ؛ فَلَأَنْ يَمْنَعُ أضعَفَهما أَوْلَىٰ.

فإنْ قِيلَ: يَجُوزُ أنْ يَمنَعَ الإرثَ ما لَا يَمْنَعُ الوصيَّةَ كالكُفْرِ.

قُلْنا: الكُفْرُ لَمَّا مَنَعَ الإرثَ مَنَعَ الوَصِيَّةَ؛ لأنَّها لَا تَجُوزُ للحَرْبِيِّ، فكذلكَ القَتْلُ يَجِبُ أنْ يُؤَثِّرَ في الوصيَّةِ، ولأنَّ المُوصَىٰ له بالجُرْحِ استَعجَلَ ما أخَّرَه اللهُ تعالىٰ عنه بفِعْلٍ مَحظُورٍ، فصارَ المقتولُ كالحَيِّ في حَقِّه، فهوَ كالوارثِ إذا جَرَحَ [المُوَرِّثَ][1].

ولَا يَلْزَمُ أُمَّ الوَلَدِ إذا قَتلَتْ مَوْلاها؛ لأَنَّ عِتْقَها يَجُوزُ أن يَتعَلَّقَ بالموتِ، ويَجُوزُ أن يَتقدَّمَه بأنْ يعْتقَها، فَلَمْ تَستَعْجِلْ ما حَكَمَ اللهُ بتأخيرِه، والوصيةُ لَا تُمَلَّكُ إلَّا بالموتِ.

فإنْ قِيلَ: المُوصِي بعدَ الجَرْحِ يَقْدِرُ علىٰ الرُّجوعِ عنْ وصِيَّتِه، فإذا لَمْ يَفعَلْ؛ فقدْ رَضِيَ بها، والمَجْرُوحُ لَا يَقْدِرُ علىٰ إسقاطِ الإِرْثِ، فلِذلكَ سَقَطَ الإرثُ.

قُلْنا: إذا سَقَطَ بالقتلِ ما لَا يَصِحُّ الرجوعُ عنه، فأَوْلَىٰ أن يَسْقُطَ ما يَصِحُّ الرجوعُ عنه.

فإنْ قيلَ: اعتبارُ الوَصِيَّةِ بالمِيراثِ ليسَ بصحيحٍ؛ لأنَّ مَحِلَّ كلِّ واحدٍ مختلفٍ؛ لأنَّ مُسْتَحِقَّ المِيراثِ: القريبُ، ومُسْتَحِقَّ الوصيةِ: البَعِيدُ.

قُلْنا: افتراقُهما مِنْ هذا الوجهِ لَا يَمْنَعُ استواءَهما في أنَّ كُلَّ واحدٍ منهما يُحْرَمُ بسببِ القَتْلِ، أَلَا تَرَىٰ أنَّ ما يُسْتحَقُّ بعَقْدِ النِّكاحِ غَيْرُ ما يُسْتَحقُّ بالقَرابةِ، فإنَّ الأُمَّ تَسْتَحِقُّ بالقَرابةِ عنِ ابنِها، ولَا تَسْتَحِقُّ بالنِّكاحِ، وعَكْسُه الزَّوجةُ، ثُمَّ افتراقُهما مِنْ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَلِأَنَّهُ اسْتَعْجَلَ مَا أجله الله فَيُحْرَمُ الوَصِيَّةَ كَمَا يَحْرُمُ الْمِيرَاثُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجُوزُ لِلْقَاتِلِ وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ إِذَا أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ ثُمَّ إِنَّهُ قَتَلَ الْمُوصِيَ تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ لَا تَبْطُلُ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ فِي الْفَصْلَيْنِ مَا بَيَّنَّاهُ.

وَلَوْ أَجَازَتْهَا الْوَرَثَةُ؛ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ جِنَايَتَهُ بَاقِيَةٌ وَالِامْتِنَاعُ لِأَجْلِهَا.

غاية البيان

هذا الوجهِ لَا يَمْنَعُ استواءَهما في الحِرْمانِ بسببِ القَتْلِ.

قالُوا: مَنْ صَحَّتْ له الوصيةُ إذا لَمْ يَكُنْ قاتِلًا؛ صَحَّتْ إذا كانَ قاتلًا كالصَّبِيِّ.

قُلْنا: الصبيُّ لَا يَتَعَلَّقُ بِفِعْله القَوَدُ، فَلَمْ يَتعلَّقْ به حِرْمانُ الوَصِيةِ، والبالغُ بخِلافِه.

قالُوا: ما لَا يَمْنَعُ الوَصِيةَ في الصغيرِ، لَا يَمْنَعُها[1] في الكبيرِ، أصْلُه: حَفْرُ البِئْرِ.

قُلْنا: لَا نَسلِّمُ أنَّ حَفْرَ البئرِ قَتْلٌ، والمَعْنىٰ في الحافرِ [٣/٥٠٠ظ]: أنه لَمْ يُوقِعْ فِعْلًا في الواقعِ، ولَا فيما اتَّصلَ به، فَلَمْ يَمْنَعِ الوصيةَ بفِعْلِه، والمُباشِرُ أَوْقَعَ الفِعْلَ في المقتولِ، فأَثَّرَ ذلكَ في استحقاقِ ما يُسْتَحَقُّ بالموتِ كالميراثِ.

قولُه: (**فَيُحْرَمُ الوَصِيَّةَ**)، علىٰ صيغةِ المبْنِيِّ للمفعولِ، و(**الوَصِيَّةَ**). منصوبٌ؛ لأنَّه مفعولٌ ثانٍ بَقِيَ علىٰ حالِه، والأوَّلُ قامَ مَقامَ الفاعلِ.

قولُه: (**وَلَوْ** [٨/٢٦١و/م] **أَجَازَتْهَا الْوَرَثَةُ؛ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ** رضي الله عنهما.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رضي الله عنه: **لَا يَجُوزُ**)[2]، ذَكَرَه علىٰ سَبِيلِ التَّفريعِ.

---

(١) في الأصل: «يمنعه»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) قال في «التصحيح» [ص/٤٦٥]: وعلىٰ قولهما مشي الأئمة كما في الرسم. اهـ. قال القدوري=

. . . .

قالَ القُدُوريُّ في كتابِ «التَّقريبِ»: «إذا أوصىٰ لقاتلِه، وأجازَتِ الورثةُ؛ [لم يَجُزْ][1]، وقالَ مُحمَّدٌ ﵀: يَجُوزُ.

لأبي يوسفَ ﵀: أنَّ مَنْعَ الوصيةِ للقاتلِ لِحَقِّ اللهِ تعالىٰ عُقوبةٌ علىٰ ما فَعَلَه مِنَ القتلِ، فصارَ كالحَدِّ، ولأنَّه حُرِمَ الوصيةَ لأجْلِ القتلِ، كما حُرِمَ الميراثَ، فإذا لَمْ تَعْمَلِ الإجازةُ في أحدِهما، كذلكَ في الآخرِ.

ولمُحمَّدٍ ﵀: أنَّ المنعَ منَ الوصيةِ لِحَقِّ الوارثِ؛ لأنَّ المالَ يَكْثُر متىٰ بَطَلَتْ، فوَقَفَتْ[2] علىٰ إجازتِهم، كالوصيةِ بجميعِ المالِ، والوصيةُ للوارثِ».

قالَ القُدُوريُّ ﵀: وقدْ رُوِيَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵁ مِثْلُ قولِ مُحمَّدٍ ﵁.

وقالَ في «شرحِ الطَّحاوِيِّ»[3]: «وفي كُلِّ مَوضِعٍ يَحتاجُ إلىٰ الإجازةِ، فإنَّما يَجُوزُ[4] إذا كانَ المُجِيزُ مِنْ أهلِ الإجازةِ نحو ما إذا أجازَ، وهوَ بالغٌ عاقِلٌ صحيحٌ، ولوْ أجازَ وهوَ مجنونٌ أو صغيرٌ؛ لَمْ تَجُزْ إجازتُه».

ثُمَّ قالَ في «شرحِ الطَّحاويِّ» ﵀: «ولوْ أجازَ بعضُ الوَرَثةِ، ولَمْ يُجِزِ البعضُ، ففي حَقِّ الَّذي أجازَ؛ كأَنَّ كُلَّهم أجازُوا، وفي حَقِّ الَّذي لَمْ يُجِزْ؛ كأَنَّ كُلَّهم لَمْ يُجِيزُوا.

وبيانُ ذلكَ: إذا ماتَ الرَّجُلُ وترَكَ اثنَيْنِ، وأوصَىٰ لِرَجُلٍ بنِصْفِ مالِه،

= في «التجريد» [٤٠٢١/٨]: قال أصحابنا: لا تصح الوصية للقاتل وإن قتل الموصىٰ له الموصي بعد الوصية بطلت الوصية. وأقره في «المبسوط» [١٧٧/٢٧].

(١) في الأصل: «لا يصح»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) في الأصل: «فوقعت»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيُّ [ق/٣١٠].

(٤) في الأصل: «يجيز»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَلَهُمَا أَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ لِأَنَّ نَفْعَ بُطْلَانِهَا يَعُودُ إِلَيْهِمْ كَنَفْعِ بُطْلَانِ الْمِيرَاثِ، وَلِأَنَّهُمْ لَا يَرْضَوْنَهَا لِلْقَاتِلِ، كَمَا لَا يَرْضَوْنَها لِأَحَدِهِمْ.

قَالَ: وَلَا تَجُوزُ لوارثِهِ؛ لِقَوْلِهِ ـ ﷺ ـ «إِنَّ اللهَ تَعَالَىٰ أَعْطَىٰ كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ،

غاية البيان

فأجازَتِ الورثةُ؛ فالمالُ بينهم أرباعٌ، للمُوصَىٰ له رُبْعانِ، [وهوَ النِّصفُ ورُبْعانِ للاثنَيْنِ][1]، لكُلِّ واحدٍ منهما رُبُع المالِ، ولوْ لَمْ يُجِيزُوا للمُوصَىٰ له ثُلُثُ المالِ، والثُّلثانِ للاثنَيْنِ لكُلِّ [واحدٍ][2] منهما ثُلُثُ المالِ.

ولوْ أجازَ واحدٌ، وَلَمْ يُجِزِ الآخرُ؛ جازَ في حَقِّ الَّذي أجازَ، كأنَّهما أجازَا، ويُعْطَىٰ له رُبُعُ المالِ، وفي حَقِّ الَّذي لَمْ يُجِزْ كأنَّهما لَمْ يُجِيزَا يُعْطَىٰ له ثُلُثُ المالِ، والباقي يكونُ للمُوصَىٰ له، فيُجْعَلُ المالُ علىٰ اثنَيْ عَشَرَ؛ لحاجتِنا إلىٰ الثُّلُثِ والرُّبُعِ، فالرُّبُعُ للَّذي أجازَ ـ وهوَ ثلاثةُ أَسْهمٍ ـ والثُّلُثُ للَّذِي لَمْ يُجِزْ ـ وهوَ أربعَةٌ ـ وبَقِيَ خمسةٌ، فهيَ للمُوصَىٰ له»[3].

قولُه: (وَلِأَنَّهُمْ لَا يَرْضَوْنَهَا لِلْقَاتِلِ، كَمَا لَا يَرْضَوْنَهَا لِأَحَدٍ مِنْهُمْ)، أَيْ: لَا يَرْضَىٰ الورثةُ الوصيةَ للقاتلِ، كما لَا يَرْضَوْنَ لأحدِ الوَرَثةِ.

بيانُه: أنَّ [٨/٢٦١ظ/م] المريضَ مَحْجُورٌ عنِ التَّصرُّفِ في مالِه لِحَقِّ الوَرثةِ إلَّا فيما اسْتَثنىٰ الشَّرعُ عنْ حَقِّ الورثةِ، والشَّرْعُ إنَّما استَثْنَىٰ الثُّلُثَ في حَقِّ مَنْ لَمْ يَتَأَذَّ به الورَثةُ، لَا في حَقِّ مَنْ لَمْ يَتَأَذَّوا، والورثةُ يتَأَذَّوْنَ بوَضْعِ المالِ عندَ القاتلِ، كما يتأَذَّوْنَ بوَضْعِ المالِ عندَ الوارثِ، فَبَقِيَ الحَجْرُ لتعلُّقِ حقِّ الورثةِ كما كانَتْ.

قولُه: (قَالَ: وَلَا تَجُوزُ لوارثِهِ)، أَيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»، وتمامُه

---

(١) في الأصل: «وللاثنين»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٣١٠].

أَلَا لَا [٢٨٤/ط] وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ» وَلِأَنَّهُ يَتَأَذَّى الْبَعْضُ بِإِيثَارِ الْبَعْضِ فَفِي تَجْوِيزِهِ قَطِيعَةُ الرَّحِمِ وَلِأَنَّهُ حَيْفٌ بِالْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ، وَيُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا أَوْ غَيْرَ وَارِثٍ وَقْتَ الْمَوْتِ لَا وَقْتَ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ مُضَافٌ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَحُكْمُهُ يَثْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ.

فيه: «إِلَّا أَنْ يُجِيزَهَا الوَرَثَةُ»[1]، وذلكَ لِمَا رَوَيْنَا منْ حديثِ «السُّنَنِ»: مُسندًا إلى أبي أُمامَةَ ﷺ عنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ قالَ: «إِنَّ اللهَ قَدْ [٣/١٠١ و] أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ؛ فَلَا وَصِيَّةَ لِوارِثٍ»[2]؛ ولأنَّ الوصيةَ للوارثِ لو صَحَّتْ يَلزَمُ قطيعةُ الرَّحمِ بينَ الوَرَثةِ بِسببِ إيثارِ البعضِ على البعضِ بالوَصِيَّةِ، حيثُ يَتأذَّى البعضُ الذي حُرِمَ الوصيةَ، وقَطْعُ الرَّحِمِ حَرامٌ بالنَّصِّ، فكذا ما كانَ سَببًا لِحُصولِه.

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ ﷺ في كتابِ «نُكَتِ الوصايا»: «وفائدةُ البُطلانِ: أنَّ الوصيَّةَ لَوْ جازَتْ للوارثِ؛ فرُبَّما يُوصِي الإنسانُ لبعضِ ورثتِه ممَّنْ هوَ أحَبُّ إليه، فتقَعُ بينَ ورثتِه العَداوةُ والبَغْضاءُ، فيُؤَدِّي ذلكَ إلى الفسادِ، وما كانَ يُؤَدِّي إلى الفسادِ فهوَ فاسِدٌ.

وهذا كما رُوِيَ عنْ رسولِ اللهِ ﷺ أنَّه نَهَى عنْ تَزْويجِ المرأةِ على عَمَّتِها، وعلى خالَتِها[3].

والمعنى في ذلكَ: أنَّه يُؤَدِّي إلى أنْ يَقَعَ بينهما عَداوةٌ، فيُؤَدِّي [ذلك][4] إلى

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٤٢].

(٢) مضى تخريجه.

(٣) أخرجه: البُخاريّ في كتاب النكاح/باب لا تنكح المرأة على عمتها [رقم/٥١٠٩]، ومسلم في كتاب النكاح/باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح [رقم/١٤٠٨]، وغيرهما من حديث أبي هُرَيْرَة ﷺ.

(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَالْهِبَةُ مِنَ الْمَرِيضِ لِلْوَارِثِ فِي هٰذَا نَظِيرُ الْوَصِيَّةِ ؛ لأنه وَصِيَّةٌ حُكْمًا حَتَّىٰ تَنْفُذَ مِنَ الثُّلُثِ.

غاية البيان

قَطْعِ الرَّحِمِ.

وكما رُوِيَ أنَّه ﷺ: نَهَىٰ رجلًا عنْ تَخْصيصِ بعضِ ولدِه في العَطِيَّةِ[1]، لمَّا يُؤَدِّي إلىٰ العَدواةِ بينَ أولادِه، فكذلكَ هُنا لَمَّا كانَ يُؤَدِّي إلىٰ العَدواةِ، وقَطْعِ الرَّحِمِ؛ نَهَىٰ عنِ الوصيَّةِ للوارثِ إلَّا أن يُجيزَها الورثةُ.

وقدْ وَرَدَ الحديثُ بلفظِ الاستثناءِ أيضًا في بعضِ الرِّواياتِ، ولأنَّ المنعَ لِحقِّ الوارثِ الآخرِ، [فإذا أجازَ][2] جازَتْ، ثم يُعتبَرُ كونُه وارثًا عندَ الموتِ، لَا وَقْتَ الوصيةِ؛ لأنَّ الوصيةَ تَمْليكٌ يُضافُ إلىٰ ما بعدَ الموتِ، فيُعْتبَرُ زمانُ التَّمليكِ لَا قَبْلَه، ولِهذا يُعْتبَرُ في إجازةِ ما فوقَ الثُّلُثِ في الوصيةِ [للأجنبيِّ][3]، ورَدُّهُ ما بعدَ الموتِ لَا قَبْلَه، وكذلكَ في قَبولِ الإيصاءِ.

وفائدتُه تَظْهَرُ فيما إذا أوصَىٰ لأخيه ولَا ابنَ له، ثُمَّ وُلِدَ له ابنٌ فماتَ المُوصِي؛ تَصِحُّ الوصيةُ، ولوْ أَوصىٰ لأخيه وله ابنٌ، ثُمَّ [٢٦٢/٨و/م] ماتَ الابنُ، فماتَ المُوصِي؛ تَبطُلُ الوَصِيةُ».

قولُه: (وَالْهِبَةُ مِنَ الْمَرِيضِ لِلْوَارِثِ فِي هَذَا نَظِيرُ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ حُكْمًا حَتَّىٰ تَنْفُذَ مِنَ الثُّلُثِ)، يَعْنِي: كما أنَّ الوصيةَ للوارثِ يُعتبَرُ كونُه وارثًا وَقْتَ الموتِ، فكذلكَ في هِبةِ المريضِ مَرَضَ الموتِ لوارثِه يُعْتبَرُ كَوْنُه وارثًا وَقْتَ

---

(١) أخرجه: البُخَارِيّ في كتاب الهبة وفضلها/باب الهبة للولد وإذا أعطىٰ بعض ولده شيئا لم يجز حتىٰ يعدل بينهم ويعطي الآخرين مثله ولا يشهد عليه [رقم/٢٤٤٦]، ومسلم في كتاب الهبات/ باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة [رقم/١٦٢٣]، وغيرهما من حديث النعمان بن بشير ﷺ.

(٢) في الأصل: «فلما جاز»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَإِقْرَارُ الْمَرِيضِ لِوَارِثِهِ عَلَىٰ عَكْسِهِ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي الْحَالِ فَيُعْتَبَرُ ذَلِكَ وَقْتَ الْإِقْرَارِ.

غاية البيان

الموتِ؛ لأنَّ هِبَتَه جعلَتْ في وصيةٍ مِن حيثُ الحُكْمُ؛ بدليلِ أنَّها تَنفُذُ مِنَ الثُّلثِ إذا كانَتْ للأجنبيِّ، كالوصيةِ للأجنبيِّ تَنفُذُ[1] منَ الثُّلُثِ، فكانَتِ الهِبةُ [مِنَ الثُّلثِ][2] تَمليكًا مُضافًا إلىٰ ما بعدَ الموتِ، وبيانُ مَرَضِ الموتِ مرَّ في بابِ طلاقِ المريضِ.

قولُه: (وَإِقْرَارُ الْمَرِيضِ لِوَارِثِهِ عَلَىٰ عَكْسِهِ)، أيْ: عَكْسُ الحُكْمِ في الهِبةِ، يَعْنِي: يُعتبَرُ كَوْنُه وارِثًا عندَ الإقرارِ لَا عندَ الموتِ؛ لأنَّ الإقرارَ تَمليكٌ وتَصَرُّفٌ في الحالِ مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إلىٰ ما بعدَ الموتِ، ولهذا لوْ أَقَرَّ في مَرَضِ الموتِ لأجنبيٍّ بدَيْنٍ؛ صحَّ مِنْ جميعِ المالِ.

وفائدةُ هذا إذا لَمْ يَكُنْ وارِثًا عندَ الإقرارِ، ثُمَّ صارَ وارِثًا، فماتَ المُقِرُّ؛ لَا يَبْطُلُ إقرارُه، ولكنْ هذا فيما إذا صارَ وارِثًا بسببٍ [حادِثٍ][3]؛ لأنَّ الاستِحْقاقَ مُضافٌ إلىٰ السببِ الحادثِ، لَا إلىٰ القَرابةِ.

فأمَّا إذا صارَ وارِثًا بسببِ القَرابةِ، لكنِ امتَنَعَ عَمَلُها لمانعٍ عَمِلَ السَّبَبُ عَمَلَه مِن ذلكَ الوقتِ، ولِهذا لوْ أَقَرَّ لأجنبيٍّ، ثُمَّ قالَ[4]: هوَ ابنِي ثَبَتَ نَسَبُه منه، وبَطَلَ إقرارُه.

فإنْ أَقَرَّ لأجنبيةٍ، ثُمَّ تَزَوَّجَها؛ لَمْ يَبْطُلْ إقرارُه، وهيَ مسألةُ القُدُورِيِّ ﷺ، وقدْ مَرَّ في كتابِ الإقرارِ.

وذكَرَ في وصايا «الجامعِ الصغيرِ»[5] [٣/١٥٠ظ]: لوْ أنَّ المريضَ أَقَرَّ لابنِه بدَيْنٍ

(١) في الأصل: «حتىٰ تنفذ»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من: «ن»، و«غ»، و«ر».
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ» و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٤) في الأصل: «أقر»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٥) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٥٢٥].

قال: **إِلَّا أَنْ يُجِيزَهَا الْوَرَثَةُ وَيُرْوَىٰ هَذَا الِاسْتِثْنَاءُ فِيمَا رَوَيْنَاهُ، وَلِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ فَتَجُوزُ بِإِجَازَتِهِمْ؛ وَلَوْ أَجَازَ بَعْضٌ وَرَدَّ بَعْضٌ؛ تَجُوزُ عَلَىٰ الْمُجِيزِ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ لِوِلَايَتِهِ عَلَيْهِ وَبَطَلَ فِي حَقِّ الرَّادِّ.**

غاية البيان

وهوَ نَصْرانيٌّ أو عَبْدٌ ثُمَّ أَسلَمَ الابنُ أو أُعتِقَ العبدُ، ثُمَّ ماتَ الرَّجلُ فالإقرارُ باطِلٌ، لأنَّه حينَ أَقَرَّ كانَ سَبَبُ التُّهْمةِ بينهما قائِمًا، وهوَ القَرابةُ الَّتي صارَ بها وارِثًا في ثاني الحالِ.

وليسَ هذا كالَّذي أَقَرَّ لامرأةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَها؛ لأنَّ سببَ التُّهْمةِ لَمْ يَكُنْ قائِمًا وَقْتَ الإقرارِ.

وعندَ زُفَرَ: الإقرارُ صحيحٌ؛ لأنَّه وَقْتُ الإقرارِ لَمْ يَكُنْ وارِثًا[1]، وقدْ مَرَّ في كتابِ الإقرارِ.

فعَنْ هذا عرفْتَ: أنّ ما ذَكَر بعضُهم في «شرحِه» سَهْوٌ منه لَا يَصِحُّ نَقْلُه، وهوَ أنَّه قالَ: لو أَقَرَّ لابنِه بدَيْنٍ، وابنُه عبْدٌ، ثم أُعتِقَ، ثُمَّ ماتَ الأبُ وهوَ مِن ورثتِه؛ فالإقرارُ بالدَّيْنِ جائزٌ؛ لأنَّ كَسْبَ العبدِ لمَوْلاهُ، فهذا الإقرارُ حَصَلَ مِنَ المريضِ في المعنىٰ للمَوْلَىٰ، والمَوْلَىٰ أَجنَبِيٌّ منه.

قولُه: (إِلَّا أَنْ يُجِيزَهَا الْوَرَثَةُ)، استثناءٌ منْ قولِه: **(وَلَا يَجُوزُ لِوارِثِهِ)**.

قولُه: (وَيُرْوَىٰ هَذَا [٨/٢٦٢ظ/م] **الِاسْتِثْنَاءُ فِيمَا رَوَيْنَاهُ)**، أي: يُرْوَىٰ قولُه: «**إِلَّا أَنْ يُجِيزَهَا الْوَرَثَةُ**»[2]، في الحديثِ الَّذي رَوَيْناهُ في بعضِ الرِّوايات، يَعْنِي: رُوِيَ: «**لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يُجِيزَهَا الوَرَثَةُ**»[3]، وفيه نَظَرٌ.

قولُه: (وَلَوْ أَجَازَ بَعْضٌ وَرَدَّ بَعْضٌ؛ تَجُوزُ عَلَىٰ الْمُجِيزِ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ)، ذَكره

---

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٧٢٣/٤]، «تبيين الحقائق» [١٨٢/٦].

(٢) هذا جزء من حديث مضىٰ تخريجه.

(٣) مضىٰ تخريجه.

قَالَ: وَيَجُوزُ أَنْ يُوصِيَ الْمُسْلِمُ لِلْكَافِرِ، وَالْكَافِرُ لِلْمُسْلِمِ؛ فَالْأُولَىٰ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ﴾ [الممتحنة: ٨] الآية.

وَالثَّانِي لِأَنَّهُمْ بِعَقْدِ الذِّمَّةِ سَاوَوْا الْمُسْلِمِينَ فِي الْمُعَامَلَاتِ وَلِهَذَا جَازَ التَّبَرُّعُ مِنْ الْجَانِبَيْنِ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ فَكَذَا بَعْدَ الْمَمَاتِ.

غاية البيان

علىٰ سَبِيلِ التَّفرِيعِ.

قالَ الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «فإنْ أجازَ بعضُ الورثةِ ما كانَ موقوفًا علىٰ إجازتِهم، وردَّ بعضُهم؛ فإنَّ ذلكَ يَجُوزُ علىٰ المُجِيزِ منهم بقَدْرِ حَقِّه مِمَّا أجازَه في نصيبِه خاصَّةً، ويَبْطُلُ ما في أنْصِباءِ الرَّادِّينَ»[١]. إلىٰ هنا لفظُه رحمه الله، وذلكَ لأنَّ له ولايةً علىٰ نفسِه دونَ غيرِه.

قولُه: (قَالَ: وَيَجُوزُ أَنْ يُوصِيَ الْمُسْلِمُ لِلْكَافِرِ، وَالْكَافِرُ لِلْمُسْلِمِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[٢].

وأرادَ بالكافرِ: الذِّمِّيَّ؛ لأنَّ الحَرْبِيَّ لَا تَجُوزُ له الوصيةُ علىٰ ما نُبَيِّنُ.

وافترقَتِ الوصيةُ والإرثُ، حيثُ لَا يَجْرِي التَّوارُثُ بينَ المسلم والذِّميِّ، وتَجرِي الوصيةُ بينهما، وذلكَ لأنَّ الإرْثَ ولايةٌ بطريقِ الخِلافةِ؛ لأنَّ ما كانَ [للمُوَرِّث كانَ][٣] للوارثِ، ولَا ولايةَ مع اختلافِ الدِّينِ.

وأمّا الوصيةُ: فتمليكٌ مُبْتَدأٌ، ولهذا لَا يَرُدُّ المُوصَىٰ له بالعَيْبِ، ولَا يَصِيرُ مغرورًا فيما اشتَرَاهُ المُوصِي، بخِلافِ الوارثِ.

والأصلُ فيه: قولُه تعالىٰ: ﴿لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٩٨/ داماد].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٤٢].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«ر»، و«فا٢»، و«م».

وَفي: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: الوَصِيَّةُ لأَهْلِ الحَرْبِ بَاطِلَةٌ(١)؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَـٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ﴾ [الممتحنة: ٩] الآية.

يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَـٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓا۟ إِلَيْهِمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ﴾ [الممتحنة: ٨]، وذلكَ لأَنَّهم إذا لَمْ يُخرِجُوكُم مِنْ ديارِكم، وَلَمْ يُؤْذُوكُمْ، فهذا بِرٌّ منهم، فالعَدْلُ معهم أن تَبَرُّوهم أنتُمْ أيضًا بحُسْنِ المُعاشَرةِ والصِّلَةِ بالمالِ. كذا في «التَّيْسِيرِ»، والوَصِيَّةُ لهم بالمالِ مِنَ البِرِّ، فكانَتْ جائزةً، ولأنَّه مِنْ أهلِ دارِ الإسلامِ، فجازَ وصيةُ المسلِمِ له كالمُسلِمِ.

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ في كتابِ «نُكَتِ الوصايا»: «ورُوِي عنْ صفيةَ بنتِ حُيَيِّ بنِ أَخْطَبَ رضي الله عنها زوجةِ رسول الله ﷺ: أنها أَوْصَتْ بثُلُث مالِها لأخيها وهوَ يَهودِيٌّ(٢)، وكانَ ذلكَ بحَضْرةِ الصحابةِ رضي الله عنهم، فَلَمْ يُنْكِرُوا عليها».

وأمّا جَوازُ وصيةِ الكافرِ للمُسلِم: فلأنَّ مَنْ جازَ وصيةُ المُسلِمِ [٣/٥٠٢و] له؛ جازَ وصيتُه للمُسلِم كالمُسلِمِ.

قولُه: (وَفي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: الوَصِيَّةُ لأَهْلِ الحَرْبِ بَاطِلَةٌ(٣)).

والأصلُ فيه: قولُه تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ [٨/٢٦٣و/م] ٱلَّذِينَ قَـٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَـٰرِكُمْ وَظَـٰهَرُوا۟ عَلَىٰٓ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوْهُمْ ۚ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّـٰلِمُونَ﴾ [الممتحنة: ٩].

قالُوا في «شُروحِ الجامعِ الصغيرِ»: وفي «السِّيَرِ الكبيرِ» ما يَدُلُّ على الجَوازِ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٤].

(٢) أخرجه: سعيد بن منصور في «سننه» [رقم/ ٤٣٧]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٦/ ٢٨١]، من طريق: سُفْيَان، عَنْ أَيُّوب، عَنْ عِكْرِمَة: أَنَّ صَفِيَّةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ قَالَتْ لِأَخٍ لَهَا يَهُودِيٍّ: «أَسْلِمْ تَرِثْنِي»، فَسَمِعَ بِذَلِكَ قَوْمُهُ، فَقَالُوا: أَتَبِيعُ دِينَكَ بِالدُّنْيَا، فَأَبَى أَنْ يُسْلِمَ، فَأَوْصَتْ لَهُ بِالثُّلُثِ». لفظ البيهقي.

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٤].

قَالَ: وَقَبُولُ الْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ، فَإِنْ قَبِلَهَا الْمُوصَىٰ لَهُ فِي حَالِ الْحَيَاةِ، أَوْ رَدَّهَا؛ فَذَلِكَ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ أَوَانَ ثُبُوتِ حُكْمِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ لِتَعَلُّقِهِ بِهِ فَلَا يُعْتَبَرُ قَبْلَهُ كَمَا لَا يُعْتَبَرُ قَبْلَ الْعَقْدِ.

فوَجْهُ التَّوفِيقِ بينَ الرِّوايتَيْنِ: أنَّه لَا يَنْبَغِي أنْ يَفعَلَ، وإنْ فَعَلَ جازَ؛ لأنَّه أهلٌ للتَّملُّكِ، أمَّا وَصِيَّةُ الحَرْبِيِّ لمُسْلِمٍ أو ذِمِّيٍّ بمالِه كُلِّه؛ فذلكَ جائزٌ، وسيَجِيءُ بيانُه في بابِ وَصِيَّةِ الذِّمِّيِّ.

وقالَ في «مختصرِ الأسرارِ»: «إذا أَوْصَىٰ المُسلِمُ للحَرْبِيِّ؛ لَمْ تَصِحَّ الوصيةُ مع اختلافِ الدَّارِ خِلافًا للشَّافعيِّ ﷺ؛ لقولِه تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ﴾ الآية. ولأنَّ في دَفْعِ الوصيةِ إليهم تَقْوِيةً لهم علىٰ حَرْبِنا، وفي تكثيرِ مالِهم إضرارٌ بالمسلمينَ، فصارَ كما لو أَوصَىٰ بالسِّلاحِ، وبالعبدِ المُسلِمِ، ولأنَّ مَنْ لَا يَجوزُ له الوصيةُ له بالعبدِ المسلِم لَا يجوزُ الوصيةُ له بالمالِ كالوارثِ».

قولُه: (قَالَ: وَقَبُولُ الْوَصِيَّةِ بَعْدَ [الْمَوْتِ][1]، فَإِنْ قَبِلَهَا الْمُوصَىٰ لَهُ فِي حَالِ الْحَيَاةِ، أَوْ رَدَّهَا؛ فَذَلِكَ بَاطِلٌ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مُختصرِه»[2] ﷺ.

اعْلَمْ: أنَّ قَبولَ المُوصَىٰ له شَرْطٌ لإفادةِ المِلْكِ في المُوصَىٰ به حتَّىٰ لَا يُملَّكَ قبلَ القَبولِ إلَّا في مسألةٍ واحدةٍ سَيَجِيءُ بعدَ هذا بيانُها إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ.

وعندَ زُفَرَ ﷺ: [القَبولُ][3] ليسَ بشَرْطٍ كالمِيراثِ، وسَيَجِيءُ البَحْثُ معه بعدَ هذا إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ، ثُمَّ القَبُولُ لمَّا كانَ شَرْطًا عندَنا؛ اعْتُبِر ذلكَ بعدَ مَوْتِ المُوصِي، حتَّىٰ إذا قَبِلَ المُوصَىٰ له أوْ رَدَّ في حياةِ المُوصِي؛ فذلكَ باطِلٌ، وذلكَ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٢].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

قَالَ: وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُوصِيَ الإنسانُ بِدُونِ الثُّلُثِ سَوَاءٌ كَانَتْ الْوَرَثَةُ أَغْنِيَاءَ أَوْ فُقَرَاءَ، لِأَنَّ فِي التَّنْقِيصِ صِلَةَ الْقَرِيبِ بِتَرْكِ مَا لَهُ عَلَيْهِمْ، بِخِلَافِ اسْتِكْمَالِ الثُّلُثِ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءُ تَمَامِ حَقِّهِ فَلَا صِلَةَ وَلَا مِنَّةَ.

غاية البيان

لأنَّ الوصيةَ تَمليكٌ يَتعلَّقُ بالموتِ.

أَلَا تَرَىٰ أنَّه لو أَوْصَىٰ بثُلُث غَنَمِه، أو ثُلُثِ مالِه؛ استحَقَّ المُوصَىٰ له ثُلُثَ ما يُوجَدُ في مِلْكِ المُوصِي عندَ الموتِ، ولَا يُعتَبَرُ ما كانَ في مِلْكِه وَقْتَ الوصيةِ، وإذا كانَ عَقْدُ الوصيةِ يَنعَقِدُ عندَ الموتِ؛ كانَ القَبولُ بعدَ ذلكَ، وما يُوجَدُ مِنَ القَبولِ والرَّدِّ قبلَ الموتِ لَا يُعتَدُّ به؛ لأنَّه قبلَ الإيجابِ.

وقالَ **الكَرْخِيُّ** ﷺ في «**مختصرِه**»: «قَبولُ المُوصَىٰ له ورَدُّه إنَّما يَكُونُ بعدَ مَوْتِ المُوصِي، ولَا يُنْظَرُ إلىٰ رَدِّه، ولَا إلىٰ إجازتِه قبلَ الموتِ، وإنْ قَبِلَ المُوصَىٰ له بعدَ مَوْتِ المُوصِي مَلَكَ ما أَوصَىٰ له به إذا كانَ قَدْرَ الثُّلُثِ، فإنْ لَمْ يَقبَلْ بعدَ الموتِ؛ فالوصيةُ موقوفةٌ علىٰ قبولِه، لَا يَصِيرُ في مِلْكِه حتَّىٰ يَقبَلَ، وهيَ خارجةٌ عنْ مِلْكِ المُوصِي بمَوْتِه ليسَتْ في مِلْكِ الوارِثِ، وفي مِلْكِ المُوصَىٰ له حتَّىٰ يَقْبَلَ، أوْ يموتَ المُوصَىٰ له، فيَكُونُ ما أَوصَىٰ له لورثتِه مِنْ بعدِه.

وموتُه كقَبُولِه عندَ أصحابِنا أبي حَنِيفَةَ [٨/٢٦٣ظ/م] وأبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﷺ، وجَعَلُوا ذلكَ بمَنْزلةِ البَيْعِ إذا كانَ الخِيارُ فيه للمُشترِي دُونَ البائعِ، فماتَ المُشترِي في الثَّلَاثِ، فإنَّ البيعَ يَتِمُّ، وتَكُونُ السِّلْعةُ مَوْروثةً عنِ المُشترِي»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِي ﷺ.

قولُه: (**قَالَ: وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُوصِيَ الإنسانُ بِدُونِ الثُّلُثِ**)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «**مختصرِه**»[2].

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٩٧/ داماد].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٢].

ثُمَّ الْوَصِيَّةُ بِأَقَلَّ مِنَ الثُّلُثِ أَوْلَىٰ أَمْ تَرْكُهَا ؟ قَالُوا: إِنْ كَانَتْ الْوَرَثَةُ فُقَرَاءَ وَلَا يَسْتَغْنُونَ بِمَا يَرِثُونَ فَالتَّرْكُ أَوْلَىٰ لِمَا فِيهِ مِنْ الصَّدَقَةِ عَلَىٰ الْقَرِيبِ ؛ لقوله ﷺ:

غاية البيان

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» [٣/٢٠٥ظ]: (سَوَاءٌ كَانَتِ الْوَرَثَةُ أَغْنِيَاءَ أَوْ فُقَرَاءَ)، وذلكَ لأنَّ النبيَّ ﷺ أجازَ الوصيةَ بالثُّلُثِ لسَعْدٍ مع أنَّه استكْثَرَه حيثُ قالَ: «الثُّلُثُ والثُّلُثُ كَثِيرٌ»[1].

فعُلِمَ: أنَّ الاستِحبابَ في الوصيةِ بما دُونَ الثُّلُثِ، وإنْ كانَ الثُّلُثُ جائِزًا إذا كانَ للأجنبيِّ، والمَعْنَىٰ فيه أنَّه إذا نَقَصَ عنِ الثُّلُث في الوصيةِ ؛ كانَ ما نَقَصَ صِلَةً للقريبِ، فإذا استَكْمَلَ الثُّلُثَ استَوْفَىٰ تَمامَ حَقِّه، فلَا تَحصُلُ الصِّلَةُ للقَرِيبِ.

قولُه: (ثُمَّ الْوَصِيَّةُ بِأَقَلَّ مِنَ الثُّلُثِ أَوْلَىٰ أَمْ تَرْكُهَا ؟).

قَالُوا: إنْ كَانَتِ الْوَرَثَةُ فُقَرَاءَ، والتركةُ قليلٌ، فتَرْكُ الوصيةِ أَوْلَىٰ[2] ؛ لقولِه ﷺ: «لَأَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِياءَ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»[3]، ولأَنَّ فيه صدقةً علىٰ القريبِ، وهوَ أفضلُ ؛ لقولِه ﷺ: «أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ عَلَىٰ ذِي الرَّحِمِ الكَاشِحِ»[4]. رَوَاهُ أبو أيوبَ الأنْصارِيُّ في «مسندِ أحمدَ» ﷺ.

(١) هذا جزء من حديث مضىٰ تخريجه.

(٢) ينظر: «المبسوط» [٢٧/١٦١]، «بدائع الصنائع» [٦/٤٦١]، «تبيين الحقائق» [٦/١٩١]، «الفتاوىٰ الهندية» [٦/١٢٧].

(٣) هذا جزء من حديث مضىٰ تخريجه.

(٤) أخرجه: أحمد في «المسند» [٥/٤١٦]، والطبراني في «المعجم الكبير» [٤/١٣٨]، من طريق: الحجاج عن الزهري عن حكيم بن بشير عنأبي أيوب الأنصاري ﷺ به.
قال الدارقطني في كتابه «العلل» [٦/١١٨]: «لم يروه عن الزهري غير الحجاج بن أرطاة، ولا يثبت»، وقال الهيثمي: «رواه أحمد والطبراني في «الكبير» وفيه الحجاج بن أرطاة، وفيه كلام»، وقال ابنُ حجر: «حديث معلول». ينظر: «نصب الراية» للزيلعي [٤/٤٠٦]، و«الإصابة في تمييز الصحابة» لابن حجر [١/١٥٩]، و«مجمع الزوائد» للهيثمي [٤/٢٦٧].

«أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ عَلَىٰ ذِي الرَّحِمِ الْكَاشِحِ» وَلِأَنَّ فِيهِ رِعَايَةَ حَقِّ الْفُقَرَاءِ وَالْقَرَابَةِ [٢٨٥/و] جَمِيعًا، وَإِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ أَوْ يَسْتَغْنُونَ بِنَصِيبِهِمْ فَالْوَصِيَّةُ أَوْلَىٰ لِأَنَّهُ يَكُونُ

غاية البيان

والكاشِحُ: هوَ الَّذي يُضمِرُ العَدَواةَ في كَشْحِه، وهوَ الخاصِرةُ. ولأنَّ فيه رعايةَ الحَقَّيْنِ جميعًا حَقِّ الفقراءِ، وحَقِّ القَرابةِ، وذلكَ لأنَّ الوارِثَ فَقِيرٌ أيضًا، فكانَ تَرْكُ الوَصِيةِ عليهم أَنْفَعَ في حقِّ المُوصِي؛ لأنَّه يَحْصُل له الثَّوابُ، ولَا يَتأذَّىٰ الأجانبُ بعَدَمِ الوَصِيَّةِ لهم، ولوْ أَوْصَىٰ يَحْصُلُ له الثَّوابُ، ولكنْ يَتأذَّىٰ الأقاربُ، ودَفْعُ الأَذَىٰ عنهم واجِبٌ.

فأمَّا إذا كانَتِ الورثةُ أغنياءَ، أو التركةُ كثيرًا، فإنْ شاءَ أَوصَىٰ، وإنْ شاءَ تَرَكَ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما خَيْرٌ مِنْ وَجْهٍ، أَحُدُهما صدقةٌ، والآخَرُ صِلَةٌ، وبعضُهم قالُوا: الوَصِيةُ أفضلُ إلىٰ الثُّلُثِ؛ لأنَّه يَحْصُلُ به تَدَارُكُ ما قَصَّرَ في حياتِه، والتَّدارُكُ إنَّما يَقَعُ بالصَّدقةِ، ومعنىٰ الصدقةِ بالوَضْعِ عندَ الأجانبِ أَكمَلُ.

وقالَ في «شرح الطَّحاويِّ»: «الأفضلُ لمنْ كانَ له مالٌ قليلٌ: ألَّا يُوصِيَ بشَيْءٍ إذا كانَ له ورثةٌ؛ لأنَّ الوَصِيّةَ صِلَةٌ للأجانبِ، ولوْ لَمْ يُوصِ، فإنَّه يَكُونُ صِلَةً لأقربائِه، فهذا أَولَىٰ، والأفضَلُ لمَنْ كانَ له مالٌ كثيرٌ ألَّا يُجاوِزَ الثُّلُثَ فيما لَا معصيةَ فيه»[١].

ونَقلَ في «خُلاصةِ الفَتاوىٰ»: «عنِ الإمام الفَضْلِيِّ [٢٦٤/٨و/م] إذا كانَتِ الورثةُ صغارًا، فتَرْكُ الوصيةِ أفضلُ، قالَ: هكذا رُوِيَ عنْ أبي يوسفَ ﷺ، وإنْ كانُوا بالِغِينَ [إنْ كانُوا فقراءَ][٢]، ولَا يَسْتَغْنونَ بثُلُثَي التَّرِكةِ، فتَرْكُ الوصيةِ أَفضلُ، وإنْ كانُوا أغنياءَ، ويَسْتَغْنونَ بالثُّلُثَيْنِ؛ فالوصيةُ أَفْضلُ، وقَدْرُ الاستِغناءِ عنْ أبي حَنِيفَةَ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٣١٠].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

صَدَقَةٌ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ، وَالتَّرْكُ هِبَةٌ مِنَ الْقَرِيبِ وَالْأُولَى أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ يَبْتَغِي بِهَا وَجْهَ اللهِ تَعَالَى.

وَقِيلَ فِي هَذَا الْوَجْهِ يُخَيَّرُ لِاشْتِمَالِ كُلٍّ مِنْهُمَا عَلَى فَضِيلَةٍ وَهُوَ الصَّدَقَةُ وَالصِّلَةُ فَيُخَيَّرُ بَيْنَ الْخَيْرَيْنِ.

قَالَ: وَالْمُوصَى بِهِ يُمْلَكُ بِالقَبُولِ؛ خِلَافًا لِزُفَرَ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ. هُوَ يَقُولُ: الْوَصِيَّةُ أُخْتُ الْمِيرَاثِ، إذْ كُلٌّ مِنْهُمَا خِلَافَةٌ لِمَا أَنَّهُ انْتِقَالٌ، ثُمَّ الْإِرْثُ يَثْبُتُ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ فكذا الْوَصِيَّةُ.

غاية البيان

إذا تَرَكَ لكلِّ واحدٍ منَ الورثةِ أربعةَ آلافٍ. وفي المَوْضعِ الَّذي أرادَ أنْ يُوصِيَ يَنْبَغِي أنْ يَبْدَأَ بالقَرابةِ، فإنْ كانُوا أغنياءَ فَبالجِيرانِ»[1].

قولُه: (وَالْأُولَى أَوْلَى)، أي: الصدقةُ على الأَجنبيِّ أَفْضلُ.

قولُه: (قَالَ: وَالْمُوصَى بِهِ يُمْلَكُ بِالقَبُولِ)، أَيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «إلَّا في مسألةٍ واحدةٍ: وهوَ أنْ يَمُوتَ المُوصِي، ثُمَّ يَمُوتُ المُوصَى له قبلَ القَبولِ، فيَدخُلُ المُوصَى به في مِلْكِ ورثتِه»[2]. إلى هنا لفظُ القُدُورِيِّ ﵀.

وعندَ زُفَرَ ﵀: لَا يَتوقَّفُ مِلْكُ المُوصَى به على[3] [٣/٥٠٣و] قبولِ المُوصَى له، وهوَ أحدُ قولَيِ الشافعيِّ ﵀؛ لأنَّ الوصيةَ أُخْتُ الميراثِ في أنَّ كُلَّ واحدٍ منهما يَتعَلَّقُ المِلْكُ فيه بالموتِ، ثُمَّ الميراثُ يكونُ بلا قَبولٍ مِنَ الوارثِ، فكذا الوصيةُ تَثبُتُ بلا قَبولِ المُوصَى له.

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٣٣٤].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢٤٢].

(٣) في الأصل: «قبل»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَلَنَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ إِثْبَاتُ مِلْكٍ جَدِيدٍ، وَلِهَذَا لَا يُرَدُّ الْمُوصَىٰ لَهُ بِالْعَيْبِ، وَلَا يُرَدُّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ، وَلَا يَمْلِكُ أَحَدٌ إِثْبَاتَ الْمِلْكِ لِغَيْرِهِ إِلَّا بِقَبُولِهِ، أَمَّا الْوِرَاثَةُ فَخِلَافَةٌ حَتَّىٰ يَثْبُتَ فيه[1] هَذِهِ الْأَحْكَامُ فَيَثْبُتُ جَبْرًا مِنَ الشَّرْعِ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ.

غاية البيان

ولنا: أَنَّ الوصيةَ عَقْدٌ يَتضمَّنُ إيجابَ مِلْكٍ، فيَتوقَّفُ علىٰ القَبولِ كالبَيْعِ، بخِلافِ الميراثِ، فإنَّه يَثْبُتُ للوارثِ بسبيلِ الخِلافةِ بكونِه قائِمًا مَقامَ المَوْرُوثِ، ولهذا يَرُدُّ الوارثُ بالعَيْبِ ما اشتراهُ المُوَرِّثُ مِنْ غيرِ رِضاهُ بالعَيْبِ، ويَكُونُ الوَارِثُ مغرورًا فيما اشْتَراهُ المُوَرِّثُ، وليسَ كذلكَ الوصيةُ.

ولأنَّه عقْدُ تَبَرُّعٍ، فلَا بُدَّ مِنَ القبولِ كالهِبةِ، ولأنَّ أحدًا لَا يَمْلِكُ أنْ يُلزِمَ غيرَه مِلْكًا في شيءٍ إلَّا برضاهُ، أَلَا تَرَىٰ أنَّه [لَوْ][2] أَوْصَىٰ بِتَلِّ تُرابٍ في دارِه، فمَلَكَه المُوصَىٰ له منْ غَيْرِ رِضَاهُ لَحِقَّه ضَرَرٌ بفِعْلِ المُوصِي؛ لأنَّه يَلزَمُه نَقْلُه مِنْ بيتِه، وهوَ لَا يَجُوزُ، وليسَ ثُبُوتُ المِلْكِ في الوصيةِ كثُبوتِه في المِيراثِ، ولِهذا ليسَ للمُوَرِّثِ أنْ يَمْنَعَ الوارِثَ عنِ الإِرْثِ إلَّا إذا مَنَعَه مانِعٌ شَرْعِيٌّ نَحْوُ الرِّقِّ والقَتْلِ، وللمُوصِي أنْ يَمنَعَ المُوصَىٰ له عنِ الوصيةِ؛ لأنَّ رجوعَه يَصِحُّ.

فلمَّا كانَ كذلكَ[3]؛ لَمْ يَلزَمْ مِنْ عدمِ اشْتِراطِ القَبولِ في المِيراثِ عَدَمُ اشتراطِه في الوصيةِ؛ لأنَّ الميراثَ يَدْخُلُ في مِلْكِ الوارِثِ بلا اختيارٍ منه شاءَ أو أَبَىٰ، وفي الوصيةِ للمُوصَىٰ له الاختيارُ، ولِهذا [تَرتَدُّ بالرَّدِّ][4]، فلما ارْتَدَّتْ[5] بالرَّدِّ، وَقَفَتْ[6] علىٰ القَبولِ، كالبيعِ والهِبةِ.

---

(١) في حاشية الأصل: «خ: فيها».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٣) في الأصل: «ذلك»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٥) في الأصل: «ارتد»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٦) في الأصل: «وقعت»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

قال: إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ، وَهِيَ أَنْ يَمُوتَ الْمُوصِي، ثُمَّ يَمُوتَ الْمُوصَىٰ لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ، فَيَدْخُلُ الْمُوصَىٰ بِهِ فِي مِلْكِ وَرَثَتِهِ؛ استحسانا.

وَالْقِيَاسُ أَنْ تَبْطُلَ الْوَصِيَّةُ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْمِلْكَ مَوْقُوفٌ عَلَىٰ الْقَبُولِ فَصَارَ كَمَوْتِ الْمُشْتَرِي قَبْلَ قَبُولِهِ بَعْدَ إِيجَابِ الْبَائِعِ.

غاية البيان

ثُمَّ القَبُولُ كَما قالَ في [٢٦٤/٨ظ/م] «شرحِ الطَّحَاوِيِّ» ﵀ علىٰ ضربَيْنِ: «قَبولٌ بالصَّريحِ، وقبولٌ بالدَّليلِ، فالصَّرِيحُ: أَنْ يقولَ بعدَ موتِ المُوصِي: قَبِلْتُ. والدليلُ: أَنْ يَمُوتَ الموصَىٰ له قبلَ القَبولِ والرَّدِّ بعدَ مَوْتِ المُوصِي، فيَكُونُ مَوْتُه قَبولًا لوصيَّتِه، ويكونُ ذلكَ مِيراثًا لورثتِه»(١).

قولُه: (قال: إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ، وَهِيَ أَنْ يَمُوتَ الْمُوصِي، ثُمَّ يَمُوتَ الْمُوصَىٰ لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ، فَيَدْخُلُ الْمُوصَىٰ بِهِ فِي مِلْكِ وَرَثَتِهِ)، أَيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصرِه»(٢)، وهذا استثناءٌ من قولِه: (والمُوصَىٰ بِهِ يُمْلَكُ بالقَبُولِ).

يَعْنِي: في المسألةِ المُستَثْناةِ يُمْلَكُ بدونِ القَبولِ قالُوا: وهذا استِحْسانٌ، والقياسُ: أنْ تَبْطُلَ الوَصِيةُ؛ لأنَّ تمامَها موقوفٌ على القَبولِ، وقدْ فاتَ القَبولُ بالمَوْتِ، فبَطَلَتِ الوصيةُ كما يَبْطُلُ إيجابُ البَيْعِ بمَوْتِ المُشترِي قبلَ قبولِه.

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ الوصيةَ قدْ تمَّتْ من جِهةِ المُوصِي تمامًا، لَا يَلْحَقُه الفَسْخُ، ووَقَفَتْ علىٰ خِيارِ المُوصَىٰ له إنْ شاءَ قَبِلَ، وإنْ شَاءَ ردَّ، فصارَ كالبيعِ المَشْروطِ فيه الخِيارُ للمشتَرِي، فماتَ المُشتَرِي في الثَّلاثِ قبلَ الإجازةِ، فإنَّ البيعَ يَتِمُّ، وتَكُونُ السِّلَعةُ مَوْروثةً عنِ المشترِي، فكذا هنا(٣) تَكُونُ الوَصِيَّةُ مَوْروثةً عنِ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيُّ [ق/٣٠٩].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢٤٢].
(٣) في الأصل: «هذا»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ مِنْ جَانِبِ الْمُوصِي قَدْ تَمَّتْ بِمَوْتِهِ تَمَامًا لَا يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ مِنْ جِهَتِهِ، وَإِنَّمَا تَوَقَّفَتْ لِحَقِّ الْمُوصَى لَهُ، فَإِذَا مَاتَ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْمَشْرُوطِ فِيهِ الْخِيَارُ إِذَا مَاتَ قَبْلَ الْإِجَازَةِ.

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ؛ لَمْ تَجُزِ الْوَصِيَّةُ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ يُقَدَّمُ عَلَى الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ أَهَمُّ الْحَاجَتَيْنِ فَإِنَّهُ فَرْضٌ وَالْوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ، وَأَبَدًا يُبْدَأُ بِالْأَهَمِّ فَالْأَهَمِّ.

غاية البيان

المُوصَى له، ويَكُونُ موتُه[1] بلا رَدٍّ كقبولِه دلالةً.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ؛ لَمْ تَجُزِ الْوَصِيَّةُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»، وتَمامُ لَفظِه فيه: «إلَّا أنْ يُبْرِئَه الغُرماءُ [٥٠٣/٣ظ] مِنَ الدَّيْنِ»[2]، وذلكَ لأنَّ الدَّيْنَ مُقدَّمٌ على الوصيةِ بالإجماعِ، وإنْ كانَتِ الوَصِيةُ مُقدَّمةً عليه في الذِّكْرِ في قولِه تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١٢]، وإنَّما قدَّمَ الدَّيْنَ عليها؛ لأنَّه أَهَمُّ؛ لأنَّه فَرْضٌ، والوصيةُ تَبَرُّعٌ، والأَهَمُّ مُقدَّمٌ.

وذُكِرَ في التَّفْسيرِ عن علِيٍّ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: إنَّكُم تَقْرَءُونَ في كِتابِ اللهِ عز وجل الوصيةَ قبْلَ الدَّيْنِ، وإنِّي سمعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ: «الدَّيْنُ قَبْلَ الوَصِيَّةِ»[3].

(١) في الأصل: «موروثة»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٢].

(٣) أخرجه: أحمد في «مسنده» [١/ ١٣١]، والترمذي في كتاب الفرائض عن رسول الله ﷺ/باب ما جاء في ميراث الإخوة من الأب والأم [رقم/ ٢٠٩٤]، وابن ماجه في كتاب الوصايا/باب الدين قبل الوصية [رقم/ ٢٧١٥]، والطبري في «تفسيره» [٣/ ٦١٦]، وغيرهم من حديث: عليٍّ رضي الله عنه به نحوه.
قال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث أبي إسحاق عن الحارث عن عليّ، وقد تكلم بعض أهل العلم في الحارث، والعملُ على هذا الحديث عند عامة أهل العلم».
وقال ابنُ حجر: «إسناده ضعيف». وينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٧/ ٢١٦]، و«فتح الباري» لابن حجر [٥/ ٣٧٧].

(إِلَّا أَنْ يُبَرِّئَهُ الْغُرَمَاءُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ الدَّيْنُ فَتَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ عَلَىٰ الْحَدِّ الْمَشْرُوعِ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهَا.

غاية البيان

ومَعناهُ: أنَّ في الآيةِ تَقْدِيمًا وتَأْخِيرًا، ثُمَّ هُمَا جميعًا مُقدَّمانِ على المِيراثِ؛ لقولِه تعالىٰ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١٢]، يَعْنِي: أنَّ الوَرَثَةَ لَا يَرِثُونَ إلَّا بعدَ هَذَيْنِ، فلمَّا كانَ الدَّيْنُ مُقدَّمًا على الوصيةِ، لَمْ تَجُزِ الوصيةُ قليلًا كانَتْ أو كثيرًا مع إحاطةِ الدَّيْنِ إلَّا أنْ يُبْرِئَ الغُرماءُ المُوصِي منَ الدَّيْنِ، فيحنئذٍ تَجُوزُ وَصِيَّتُه في الثُّلُثِ، أو في [٨/٢٦٥و/م] أكثرَ منه على تَقدِيرِ إجازةِ الوَرَثةِ، أوْ عَدَمِهم لعَدَمِ المانعِ، وهوَ الدَّيْن، وهذا معنىٰ قولِه: **(فَتَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ عَلَىٰ الْحَدِّ الْمَشْرُوعِ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهَا)**.

وأَوْرَدَ الزَّجاجُ في تفسيرِه في الآيةِ المذكورةِ سُؤَالًا وَجَوابًا فقالَ: «فإنْ قالَ قائِلٌ: فلِمَ قالَ تعالىٰ: ﴿أَوۡ دَيۡنٍ﴾ وهَلَّا كانَ: «مِنْ بعْدِ وَصيةٍ يُوصِي بها ودَيْنٌ». فالجوابُ في هذا: أَنَّ «أَوْ»، تَأتِي للإباحةِ، فتَأتِي لواحدٍ واحدٍ على الانفرادِ، وتَضُمُّ الجماعةَ، فتَقُولُ: جَالِسِ الحَسَنَ أو الشَّعْبِيَّ، والمَعْنىٰ جالِسْ كُلَّ واحدٍ منْ هؤلاءِ، وهوَ أَهْلٌ أنْ يُجالَسَ، فإنْ جالَسْتَ الحَسَنَ؛ فأَنْتَ مُصِيبٌ، وإنْ جالَسْتَ الشَّعْبِيَّ؛ فأَنْتَ مُصِيبٌ، وإنْ جَمَعْتَهما فأنْتَ مُصِيبٌ.

ولوْ قُلْتَ: جالِسِ الرَّجُلَيْن، فجالَسْتَ واحِدًا منهما، وتَرَكْتَ الآخرَ؛ كنْتَ غيرَ مُتَّبعٍ ما أُمِرْتَ به، فلوْ كانَ «مِنْ بعدِ وَصِيةٍ يُوصَىٰ بها ودَيْنٌ[1]»، احتَملَ اللَّفْظُ أنْ يَكُونَ بهذا إذا اجْتَمعَتِ الوصيةُ والدَّيْنُ، فإذا انفَردَ كانَ حُكْمًا آخرَ، فإذا كانَتْ «أوْ»، دَلَّتْ على أنَّ أحدَهما إنْ كانَ فالميراثُ بعْدَه، وكذلكَ إنْ كانَ كلاهما قيلَ بلَفْظ: «أوْ»»[2].

---

(١) في الأصل: «أو دين»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «معاني القرآن وإعرابه» لأبي إسحاق الزجاج [٢/٢٣ - ٢٤].

قَالَ: وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَصِحُّ إِذَا كَانَ فِي وُجُوهِ الْخَيْرِ

غاية البيان

وقالَ في «الكَشَّافِ»: «فإنْ قُلْتَ: لِمَ قُدِّمَتِ الوصيةُ علىٰ الدَّيْنِ، والدَّيْنُ مُقَدَّمٌ عليها في الشَّريعةِ؟

قُلْتُ: لَمَّا كانَتِ الوصيةُ مُشْبِهَةً للميراثِ في كَوْنِها مأخوذةً منْ غيرِ عِوَضٍ؛ كانَ إخراجُها مِمَّا يَشُقُّ علىٰ الورثةِ ويَتَعاظَمُهم، ولَا تَطِيبُ أنفسُهم بها، فكانَ أداؤُها مَظِنَّةً للتَّفريطِ، بخلافِ الدَّيْنِ، فإنَّ نفوسَهم مُطمئِنةٌ إلىٰ أدائِه؛ فلذلكَ قُدِّمَتْ علىٰ الدَّيْنِ بَعْثًا علىٰ وُجوبِها، والمُسارَعةِ إلىٰ إخراجِها معَ الدَّيْنِ، ولذلكَ جِيءَ بكلمةِ «أوْ» للتَّسْويةِ بينهما في الوجوبِ»[1].

قولُه: (قَالَ: وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ)، أَيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصرِه»[2].

وقالَ ابنُ الجَلَّابِ البَصْرِيُّ المَالِكيُّ ﵀ في كتابِ «التَّفرِيع»: «ووصيةُ الصبيِّ المُمَيِّزِ جائزةٌ»[3].

وقالَ الغزَّاليُّ ﵀ في «وجيزِه»: «وَلَا تَصِحُّ الوصيةُ مِنَ المَجْنونِ والصَّبِيِّ الَّذي لَا يَمِيِّزُ، وفي الصَّبِيِّ المُمَيِّزِ قَوْلانِ»[4].

وَجْهُ قَوْلِ مالكٍ ﵁: ما حَدَّثَه في «الموطأِ»: عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ عَنْ أَبِيهِ: أَنَّ عَمْرَو بْنَ سُلَيْمٍ الزُّرَقِيَّ أَخْبَرَهُ: أَنَّهُ قِيلَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ: «إِنَّ هَاهُنَا غُلَامًا يَفَاعًا لَمْ يَحْتَلِمْ مِنْ غَسَّانَ، وَوَارِثُهُ [٣/٥٠٤و] بِالشَّامِ، وَهُوَ ذُو مَالٍ، وَلَيْسَ لَهُ هَاهُنَا إِلَّا ابْنَةُ عَمٍّ لَهُ، فَقَالَ عُمَرُ: مُرُوهُ فَلْيُوصِ لَهَا، فَأَوْصَىٰ لَها بمَالٍ، يُقَالُ لَها: بِئْرُ جُشَمٍ، قَالَ عَمْرُو بْنُ سُلَيْمٍ: فَبِعْتُ ذلكَ المالَ بثلاثينَ ألفًا، وابنةُ عمِّه الَّتي أَوْصَىٰ

(١) ينظر: «الكشاف» للزمخشري [١/٤٨٣، ٤٨٤].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢٤٣].

(٣) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس» لابن الجلاب [٢/٣٨٠].

(٤) ينظر: «الوجيز/مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٧/٣].

. . . .

[٢٦٥/٨ظ/م] لها هِي أُمُّ عَمْرِو بنِ سُلَيْم»(١)، ولأنَّ هذا تَصَرُّفٌ نافِعٌ؛ لأنَّه لوْ لَمْ يُوصِ به يَزُولُ عن مِلْكِه، ولَا يُثابُ عليه في الآخرةِ، وهذا نَفْعٌ لَا يَحْصُلُ له من قِبَلِ غيرِه، فوَجَبَ أنْ تُعْتَبَرَ أهلِيَّتُه(٢) القاصرةُ في تنفيذِ مِثْلِه قياسًا علىٰ صَوْمِ التَّطوُّعِ وصلاةِ التَّطوُّعِ.

ولا يَلزَمُ الشَّافعيَّ عَدَمُ اعتبارِ إسلامِه، وقَبوله الهِبةِ والصَّدقةِ عندَه؛ لأنَّه نَفْعٌ يُمْكِنُ تَحْصيلُه منْ جِهةِ غيرِه، فلَا حاجةَ إلىٰ اعتبارِ الأهليةِ القاصرةِ في ذلكَ.

ولنا: أنَّ الوصيةَ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ بالإجماعِ، والصَّبيُّ ليسَ مِنْ أهلِ التَّبرُّعِ، ولِهذا لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ بمالِه في حالِ الحياةِ بالإجماعِ بالهِبَةِ والصَّدَقةِ، فكذا لَا يَمْلِكُه بطريقِ الوَصِيَّةِ أيضًا قياسًا علىٰ الإعتاقِ، ولَا شَكَّ في كَوْنِها تَبَرُّعًا؛ لأنَّ الوصيةَ إزالةُ المالِ إلىٰ الغَيْرِ بعدَ الموتِ بلا عِوَضٍ يَسْلَمُ له ظاهِرًا، ولَا يُعْنَىٰ بالتَّبرُّعِ بالمال إلَّا هذا(٣).

والجوابُ عنْ قولِ الخَصْمِ: أنَّه لوْ لَمْ يُوصِ يَزُولُ عنه المالُ، ولَا يُثابُ وبالوصيةِ يُثابُ.

قُلْنا: لَا نُسلِّمُ أنَّه لَا يَحصُلُ له الثَّوابُ؛ لأنَّ تَرْكَ المالِ علىٰ الوارثِ سببُ الثَّوابِ وسَبَبُ الخَيْرِ، ألا تَرَىٰ إلىٰ قولِ النَّبيِّ ﷺ: «**لَأَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِياءَ؛ خَيْرٌ مِن أَنْ تَذَرْهُمْ عَالةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ**»(٤)، التَّرْكُ علىٰ الوارثِ إزالةٌ إلىٰ مَنِ اختارَه،

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» [٧٦٢/٢]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٢٨٢/٦]، بهذا الإسناد به.

(٢) وقع في الأصل: «أهلية»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٣) ينظر: «المبسوط» [٩١/٢٨، ٩٢]، «تحفة الفقهاء» [٢٠٧/٣]، «بدائع الصنائع» [٤٢٩/٦]، «الاختيار» [٥٢٨/٥]، «تبيين الحقائق» [١٨٥/٦]، «اللباب» [٣٣٦/٢].

(٤) هذا جزء من حديث قد مضىٰ تخريجه.

. . . .

فكانَ أَوْلَىٰ مِنَ الإزالةِ إلىٰ مَنِ اخْتارَهُ بنَفْسِه، واختيارُه بأَهْلِيَّةٍ قاصرةٍ لَا يُعتبَرُ في مُقابلةِ اخْتِيارِ الشَّرْعِ.

وفي الجوابِ عنْ حديثِ عُمَرَ ﷺ تَخَبَّطَ جَوابُ المَشايخِ ﷺ؛ قالَ بعضُهم: يُحتَملُ أنه إنَّما أَوْصَىٰ في تَجهيزِ نفسِه، وإقامةِ مَصالحِ نفسِه، ومِثْلُ ذلكَ يَصِحُّ مِنَ الصبيِّ عندَنا.

وقالَ بعضُهم: كانَ هوَ مُدْرِكًا، وإنما سُمِّيَ غُلَامًا مَجازًا لِقُرْبِ عَهْدِه بالبُلُوغِ؛ لأنَّه لَمْ يَمْضِ عليه زَمانٌ كَثِيرٌ مِنْ وَقْتِ بُلُوغِه.

وفيهما نَظَرٌ عندي؛ لأنَّه صَرَّحَ الرَّاوي بأنَّه أَوْصىٰ لابنةِ عَمٍّ له بمالٍ، فكَيْفَ يُسَمَّىٰ ذلكَ وصيةً بتَجْهِيزِ نفسِه؟

وكيفَ يُقالُ: يُحتمَلُ أنَّه كانَ أَدرَك، لكِنْ سُمِّيَ غُلَامًا مَجازًا؛ لأنَّه صَحَّ في روايةِ الحديثِ أنَّه كانَ غُلَامًا لَمْ يَحتَلِمْ.

والجوابُ الصحيحُ أنْ نَقولَ: مَنْ أدرَكَ عصرَ الصحابةِ مِنَ التابعينَ، كسعيدِ بنِ المُسيَّبِ، والحَسَنِ، والشَّعبِيِّ، والنَّخعِيِّ؛ يُعتَدُّ بخلافِه في إجماعِ الصَّحابةِ حتَّىٰ لَا يَتِمُّ إجماعُهم مع خلافِه، ولهذا قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: لَا يَثبُتُ إجماعُ [٢٦٦/٨و/م] الصحابةِ في الإشْعارِ؛ لأنَّ إبراهيمَ النَّخعِيَّ كانَ يَكرَهُه، وهوَ مِمَّنْ أدرَكَ عصرَ الصَّحابةِ ﷺ، فلَا يَثبُتُ إجماعُهم بدونِ قولِه. كذا ذَكَرَ شمسُ الأئمةِ السَّرخَسِيُّ ﷺ في «أصولِه» في فَصْلِ خلافِ التَّابِعيِّ قبلَ بابَ القِياسِ[١].

ثُمَّ رَوَىٰ أصحابُنا ﷺ في كُتُبِهم: عنِ الشَّعْبِيِّ والنَّخْعِيِّ والحَسَنِ ﷺ أنَّهم قالُوا: لَا يَجُوزُ وصيةُ المُراهِقِ، فبَطَلَ الاحتِجاجُ بالإجماعِ؛ لأنَّه لَا إجماعَ

---

(١) ينظر: «أصول السرخسي» [٢/١١٤].

لِأَنَّ عُمَرَ أَجَازَ وَصِيَّةَ يَفَاعٍ أَوْ يَافِعٍ وَهُوَ الَّذِي رَاهَقَ الْحُلُمَ، وَلِأَنَّهُ نَظَرَ لَهُ بِصَرْفِهِ إِلَىٰ نَفْسِهِ فِي نَيْلِ الزلفىٰ، وَلَوْ لَمْ تَنْفُذْ تَبْقَىٰ عَلَىٰ غَيْرِهِ.

غاية البيان

[٣/٥٠٤ظ] للصَّحابةِ مع خِلافِهم، فبَقِيَ تَقلِيدُ الصحابيِّ، وهوَ ليسَ بواجِبٍ عندَ الخَصْمِ، فكيفَ يُحتَجُّ به علىٰ غيرِه.

وعندَنا: لَا يَجُوزُ تَقلِيدُه فيما يُدْرَكُ بالقِياسِ علىٰ ما ذَهَبَ إليه الشيخُ أبو الحَسَنِ الكَرخِيُّ ﵀، وما نحنُ فيه مِمَّا يُدْرَكُ بالقِياسِ، فلَا نُقلِّدُه، واللهُ أعلمُ.

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسبِيجابيُّ ﵀ في «شرحِ الكافي»: «وكذلكَ إنْ أوصَىٰ، ثُمَّ أَدْرَكَ، ثُمَّ ماتَ؛ لَمْ تُعْتَبَرْ وَصِيَّتُه، وإنْ صارَ أَهْلًا له؛ لأنَّه وَقَعَ تَصرُّفُه باطِلًا لعَدَمِ الأَهْليةِ، فلَا يَتوقَّفُ، وكذلكَ المجنونُ.

وكذلكَ إذا قالَ الصبيُّ: إذا أَدرَكْتُ، ثُمَّ مِتُّ فثُلُثِي لفلانٍ، بخِلافِ العبدِ إذا قالَ: إذا أُعْتِقْتُ، ثُمَّ مِتُّ فثُلُثِي لِفُلانٍ؛ لأنَّ العبدَ منْ أهلِ الوَصِيَّةِ، لكنْ مُنِعَ تَعلُّقُ حَقِّ الغَيْرِ بكَسْبِه، فإذا أضافَه إلىٰ حالةٍ لَا حَقَّ لأحدٍ فيها في أَكْسابِه وأموالِه صَحَّ.

فأمَّا الصبيُّ: فلَيْسَ مِنْ أهلِ الوَصِيةِ لِخَلَلٍ في شرائطِ الأَهْليَّةِ، فلَا يُعتَبَرُ تصرُّفُه مُضافًا ومُنْجَزًا».

قولُه: (أَجَازَ وَصِيَّةَ يَفَاعٍ أَوْ يَافِعٍ)، وهوَ الَّذي راهَقَ الحُلُمَ، أي[١]: قاربَه، يُقالُ: غُلامٌ يَفَعٌ ويَافِعٌ ويَفَعَةٌ، وقدْ أَيْفَعَ يُوفِعُ إيفَاعًا؛ إذا تَحَرَّكَ وشَبَّ، والجَمْعُ: أَيْفاعٌ، واليَفاعُ: قطعةٌ مِنَ الجَبلِ والغِلَظِ تَرتَفِعُ عمَّا حَوْلَها. كذا في «الجَمْهرةِ»[٢].

قولُه: (فِي نَيْلِ القُرْبَىٰ)، أي: القُرْبَةِ، وَهِيَ ما يُتَقَرَّبُ به إلىٰ اللهِ تعالىٰ.

قولُه: (وَلَوْ لَمْ تَنْفُذْ تَبْقَىٰ عَلَىٰ غَيْرِهِ)، أي: لوْ لَمْ تَنْفُذِ الوَصِيَّةُ، يَبْقَىٰ المالُ

(١) في الأصل: «أو»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٢) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٩٣٩/٢].

ولنا: أَنَّهُ تَبَرُّعٌ وَالصَّبِيُّ [٢٨٥/ط] لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ، وَلِأَنَّ قَوْلَهُ غَيْرُ مَلْزُومٍ وَفِي تَصْحِيحِ وَصِيَّتِهِ قَوْلٌ بِإِلْزَامِ قَوْلِهِ.

وَالْأَثَرُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ قَرِيبَ الْعَهْدِ بِالْحُلُمِ مَجَازًا، أَوْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُ فِي تَجْهِيزِهِ وَأَمْرِ دَفْنِهِ، وَذَلِكَ جَائِزٌ عِنْدَنَا، وَهُوَ يُحْرِزُ الثَّوَابَ بِالتَّرْكِ عَلَى وَرَثَتِهِ كَمَا بَيَّنَّاهُ.

وَالْمُعْتَبَرُ فِي النَّفْعِ وَالضَّرَرِ: النَّظَرُ إِلَى أَوْضَاعِ التَّصَرُّفَاتِ، لَا إِلَى مَا يَتَّفِقُ بِحُكْمِ الْحَالِ اعْتَبَرَهُ بِالطَّلَاقِ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ وَلَا وَصِيَّهُ وَإِنْ كَانَ يَتَّفِقُ نَافِعًا فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ، وَكَذَا إِذَا أَوْصَى ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ الْإِدْرَاكِ لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ وَقْتَ الْمُبَاشَرَةِ وَكَذَا إِذَا قَالَ إِذَا أَدْرَكْتُ فَثُلُثُ مَالِي لِفُلَانٍ وَصِيَّةً لِقُصُورِ أَهْلِيَّتِهِ فَلَا يَمْلِكُهُ تَنْجِيزًا وَتَعْلِيقًا كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ وَالْمُكَاتَبِ لِأَنَّ أَهْلِيَّتَهُمَا مُسْتَتِمَّةٌ وَالْمَانِعُ حَقُّ الْمَوْلَى فَتَصِحُّ إِضَافَتُهُ إِلَى حَالِ سُقُوطِهِ.

غاية البيان

على غَيْرِ الصَّبِيِّ، ولوْ نَفَذَتْ يَبْقَى مالُه على نفسِه، حيثُ يَكُونُ له الثَّوابُ بالوصيةِ بمالِه، فكانَتِ الوصيةُ أَوْلَى مِنْ تَرْكِها.

قولُه: (وَلَنَا أَنَّهُ تَبَرُّعٌ)، ذَكَّرَ الضَّمِيرَ الراجعَ إلى الوَصِيةِ على تأويلِ الإيصاءِ.

قولُه: (وَالْأَثَرُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ قَرِيبَ الْعَهْدِ بِالْحُلُمِ مَجَازًا، أَوْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُ فِي تَجْهِيزِهِ)، وهذا جوابٌ عَمَّا تَمسَّكَ به الخَصْمُ بحديثِ عُمَرَ، ولكنَّه ليسَ بجَوابٍ مُقْنِعٍ، وقدْ مرَّ بيانُه آنفًا.

قولُه: (وَالْمُعْتَبَرُ فِي النَّفْعِ وَالضَّرَرِ: النَّظَرُ إِلَى أَوْضَاعِ [٢٦٦/٨ط/م] التَّصَرُّفَاتِ، لَا إِلَى مَا يَتَّفِقُ بِحُكْمِ الْحَالِ)، يَعْنِي: أنَّ الوَصِيَّةَ في وَضْعِها فيها ضَرَرٌ لزوالِ المِلْكِ عنِ المُوصِي، وما كانَ في وَضْعِه[1] ضَرَرٌ ليسَ بمشروعٍ في حَقِّ الصبيِّ، ألَا تَرَى

(١) في الأصل: «موضعه»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

قَالَ: وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْمُكَاتَبِ وَإِنْ تَرَكَ وَفَاءً؛ لِأَنَّ مَالَهُ لَا يَقْبَلُ التَّبَرُّعَ.

وَقِيلَ: عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ: لَا تَصِحُّ، وَعِنْدَهُمَا: تَصِحُّ رَدًّا لَهَا إِلَىٰ مُكَاتَبٍ يَقُولُ: كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فِيمَا أَسْتَقْبِلُ فَهُوَ حُرٌّ، ثُمَّ عَتَقَ فَمَلَكَ، وَالْخِلَافُ فِيهَا مَعْرُوفٌ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

غاية البيان

أنَّ الطَّلاقَ والعِتاقَ لَا يَصِحَّانِ منَ الصبيِّ؛ لأنَّه ضررٌ لِزَوالِ [المِلْكِ][1].

وإنْ كانَا قدْ يَقَعانِ نَفْعًا بحسبِ اتِّفاق الحالِ، كما إذا كانَتِ المرأةُ ذميمةَ الوجهِ مُتخَلِّقةً بأخلاقٍ رديئةٍ، لَا يَمْلِكُ طَلاقَها حتَّىٰ يَتزوَّجَ أُختَها المُضادَّةَ لها في صفتِها، وإنْ كانَ يَحْصُلُ له نَفْعٌ في أختِها، وكذا لَا يَمْلِكُ أنْ يُعتِقَ عبْدَه، وإنْ كانَ يَحْصُلُ له نَفْعٌ مِنَ ارتفاعِ مَؤُونةِ النفقةِ والكِسْوةِ، وكذا الوصيةُ لَا تَصِحُّ مِنَ الصَّبيِّ لِوُجودِ الضَّرَرِ في وَضْعِها، وإنْ كانَ يَحْصُلُ له نفْعُ الثوابِ باتِّفاقِ الحالِ.

قولُه: (قَالَ: وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْمُكَاتَبِ وَإِنْ تَرَكَ وَفَاءً)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[2]، وذلكَ لأنَّ مالَ المُكاتَبِ لَا يَحْتمِلُ التَّبَرُّعَ، ولهذا لَا يَصِحُّ عِتْقُه وهِبَتُه، فإذا لَمْ يَحتمِلْ مالُه التَّبَرُّعَ [٣/٥٠٥و]؛ لَمْ يصحَّ وصيتُه؛ لأنَّها تَبَرُّعٌ لزَوالِ المِلْكِ بلا عِوَضٍ.

قولُه: (وَقِيلَ: عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: لَا تَصِحُّ، وَعِنْدَهُمَا: تَصِحُّ رَدًّا لَهَا إِلَىٰ مُكَاتَبٍ يَقُولُ: كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فِيمَا أَسْتَقْبِلُ فَهُوَ حُرٌّ، ثُمَّ عَتَقَ فَمَلَكَ، وَالْخِلَافُ فِيهَا مَعْرُوفٌ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ)، يَعْنِي: كما يَصِحُّ إعتاقُ المُكاتَبِ عندَهما في تلكَ المسألةِ: تَصِحُّ وصيةُ المكاتَبِ أيضًا عندَهما إذا تَرَكَ وَفاءً؛ لأنَّه يَعتِقُ في آخرِ جُزْءٍ من أجزاءِ حياتِه.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٤٣].

....

وعندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: لَا يَعتِقُ ما مَلَكَه بعدَ العِتْقِ في تلكَ المسألةِ، فكذلكَ هُنا لَا تَنفُذُ وصيتُه وإنْ تَرَكَ وفاءً، وتلكَ المسألةُ مشهورةٌ في «المختلفِ»[١]، وفي[٢] أَصْلِ العِتاقِ[٣].

وفي بابِ الحِنْثِ في مِلْكِ العبدِ، والمَكاتَبِ مِنْ أَيْمانِ «الجامعِ»، قالَ مُحمَّدٌ رحمه الله في «الجامعِ»: إنَّ العبدَ أو المكاتَبَ إذا قالَ: كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فِيمَا أَسْتَقْبِلُ فَهُوَ حُرٌّ، فعَتَقَ، ثُمَّ مَلَكَ مَمْلُوكًا لَا يَعْتِقُ عندَ أبي حَنِيفَةَ، وعندَ أبي يُوسُفَ ومُحمَّدٍ: يَعتِقُ.

قالَ الشَّيْخُ أبو المُعِينِ النَّسَفِي في شرحِ «الجامعِ»: «هاهُنا مسائلُ ثلاثٌ:

إحداها: قَوْلُه: كُلُّ مَمْلوكٍ أَمْلِكُه إذا عَتَقْتُ فهوَ حُرٌّ، فعَتَقَ، ثُمَّ مَلَك عبدًا؛ أُعْتِقَ بالإجماعِ لتَعْليقِه العِتْقَ بالمِلْكِ الحاصلِ له بعدَ العَتْقِ، وهذا المِلْكُ يَصْلُحُ للإعتاقِ.

وفَرْقٌ بينَ هذا وبينَ الصَّبِيِّ إذا قالَ: كُلُّ عَبْدٍ أَمْلِكُه بعدَ البُلوغِ فهوَ حُرٌّ، فبَلَغَ فمَلَكَ [٨/٢٦٧و/م] عبدًا لَا يَعْتِقُ؛ لأنَّ الصَّبِيَّ ليسَ مِنْ أهلِ التَّصَرُّفِ، فيَلْغُو تَصَرُّفُه تَنْجِيزًا وتَعْلِيقًا لانعدامِ أَهلِيَّتِه، والعبدُ أهلٌ للتصرفِ لكونِه عاقلًا بالغًا، إلَّا أنَّ تَنجِيزَ عِتْقِه لَمْ يَصِحَّ لِعَدَمِ شَرْطِه وهوَ المِلْكُ، فإذا عُلِّقَ بمِلْكٍ يَصْلُحُ شرطًا له صَحَّ.

والثانيةُ: قولُه: كُلُّ عَبْدٍ أَملِكُه فهوَ حُرٌّ، فعَتَقَ، فمَلَكَ عبدًا لَا يَعتِقُ؛ لأنَّ هذا يَنْصَرِفُ إلى المَمْلوكِ في الحالِ، وله في الحالِ نَوْعُ مِلْكٍ، وقولُه: «أملِكُ». مَوضُوعٌ للحالِ بطريقِ الأَصالةِ.

---

(١) ينظر: «مختلف الرواية» للسمرقندي [٣/١١٢٦].

(٢) في الأصل: «في»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٣) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن [٤/٧٢ - ٧٤].

. . . .

والثالثةُ: قولُه: كُلُّ مَمْلوكٍ أَملِكُه فيما أستقبِلُ فهوَ حُرٌّ، وهوَ علىٰ الخِلافِ الَّذي مَرَّ، وهما يقولانِ: يَنصَرِفُ قولُه: «أمْلِكُ فيما أستقبِلُ»، إلىٰ كُلِّ ما يَمْلِكُ إلىٰ آخرِ عُمْرِه، كما في الحُرِّ عَمَلًا بالإطلاقِ.

[وهوَ يَقولُ: للعبدِ والمكاتَبِ نوعُ مِلْكٍ، فيَتعَلَّقُ ما عَلَّقَه بهذا المِلْكِ القائمِ للحالِ لعدمِ ما يُوجِبُ تَغْييرَه](١)، ولَا يَتَعَلَّقُ بما ليسَ بثابتٍ إلَّا بالنَّصِّ علىٰ الإضافةِ إليه وانْعَدَمَتِ الإضافةُ، ألا تَرَىٰ أنَّ في قولِه: «أمْلِكُ»، بدونِ قولِه: «فيما أستَقْبِلُ»، وهيَ المسألةُ الثانيةُ يَتعَلَّقُ به، ولَا يُجْعَلُ قولُه: «أمْلِكُ». عبارةٌ عنِ الاستقبالِ، وإنْ كانَ اللَّفظُ موضوعًا له أيضًا؛ لانْعِدامِ دليلِ تَغَيُّرِ الحالةِ، وعدمِ الإضافةِ إلىٰ ما ليسَ بثابتٍ.

وعَلَّلَ القُدُورِيُّ في كتابِ «التقريبِ» لأبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ العبدَ له مِلْكٌ يُضَافُ إليه حالَ الرِّقِّ علىٰ وَجْهِ المَجازِ، قالَ النَّبِيُّ ﷺ: **«مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ؛ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ»**(٢)، ويُقالُ: دَابَّةُ العبدِ وثَوْبُه، وله مِلْكٌ في المُستَقبَلِ يُضَافُ إليه علىٰ الحقيقةِ، [وهوَ ما بَعدَ الحُرِّيةِ.

ومِنْ أصْلِه: أنَّ اللفظَ لَا يُحْمَلُ علىٰ الحقيقةِ](٣) والمجازِ، فوَجَبَ حَمْلُه علىٰ أحدِهما، فاعتبارُ الحالِ أَولَىٰ؛ لأنَّها أهمُّ، ولأنَّه يَجُوزُ أن يَمْلِكَ في المُستقبَلِ، ويَجُوزُ ألَّا يَمْلِكَ، وإذا حُمِلَتِ اليمينُ علىٰ حالِ الرِّقِّ؛ لَمْ يَعتِقْ ما يَمْلِكُ حالَ الحُرِّيةِ.

لهما: أنَّ حَمْلَ اللَّفْظِ علىٰ الحقيقةِ أَولَىٰ مِنْ حمْلِه علىٰ المجازِ، ولأنَّا إذا

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م».

قَالَ: وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ، وَبِالْحَمْلِ إذَا وُضِعَ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْوَصِيَّةِ أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ اسْتِخْلَافٌ مِنْ وَجْهٍ لِأَنَّهُ يَجْعَلُهُ خَلِيفَةً فِي

غاية البيان

حَمَلْناهُ على ما بعدَ العِتْقِ [صَحَّحْنا اليمينَ، وإذا حَمَلْناهُ على الحالِ][1] أبطَلْنا اليمينَ، وحَمْلُ كلامِه على الصحةِ أَولَى. كذا في عَتَاقِ [٨/٢٦٧ظ/م] «التَّقريب».

قولُه: (قَالَ: وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ، وَبِالْحَمْلِ إذَا وُضِعَ لِأَقَلَّ مِنْ [٣/٥٠٥ظ] سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْوَصِيَّةِ)، أَيْ: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[2].

اعْلَمْ: أنَّ الوصيةَ للحَمْلِ تَصِحُّ؛ لأنَّه منْ أهلِ استحقاقِ الحُقوقِ، ولِهَذا يَستَحِقُّ الميراثَ، والوَصِيَّةُ أُخْتُ[3] الميراثِ؛ لأنَّها تَمليكٌ مُضافٌ إلى ما بَعْدَ [الموتِ][4] فيَستَحِقُّها أيضًا، ولكنْ بشَرْطِ أنْ يُعْلَمَ وُجودُه وَقْتَ الوصيةِ، بأنْ وَلَدَتْ لأَقَلَّ مِنْ ستَّةِ أشهرٍ، ومِنْ وَقْتِ مَوْتِ المُوصِي على ما ذَهَبَ إليه أبو اللَّيْثِ السَّمَرقنديُّ رحمه الله في كتابِ «نُكَت الوصايا»، والإمامُ الأَسْبِيجابيُّ في «شرحِ الطَّحاويِّ» رحمه الله[5].

أوْ مِنْ وَقْتِ الإيصاءِ على ما ذَهَبَ إليه أبو جعفرٍ الطَّحاويُّ[6]، وصَحَّحَ ما ذَهَبَ إليه الطحاويُّ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجابِيُّ رحمه الله في «شرحِ الكافي».

فأمَّا إذا وَلَدَتْ لستَّةِ أشهرٍ، أو أكثرَ؛ فلَا وصيةَ له؛ لاحتمالِ الوُجودِ والعَدَمِ حينئذٍ، فلَا يُجْعَلُ مُسْتَحِقًّا بالشَّكِّ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٤].
(٣) في الأصل: «أحب»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من: «غ»، و«م»، و«فا٢».
(٥) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٣١٢].
(٦) ينظر: «مختصر الطحاوي/مع شرح الجصاص» [٤/١٦٩].

بَعْضِ مَالِهِ وَالْجَنِينُ صَلَحَ خَلِيفَةً فِي الْإِرْثِ فَكَذَا فِي الْوَصِيَّةِ إِذْ هِيَ أُخْتُهُ، إِلَّا أَنْ يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى التَّمْلِيكِ، بِخِلَافِ الْهِبَةِ، لِأَنَّهَا تَمْلِيكٌ مَحْضٌ وَلَا وِلَايَةَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ لِيُمَلِّكَهُ شَيْئًا..

غاية البيان

وقدْ فَرَّقُوا بينَ الهِبةِ للحَمْلِ حيثُ لَا يَجُوزُ، وبينَ الوَصيةِ للحَمْلِ حيثُ تَجُوزُ؛ لأنَّ الهِبَةَ تمليكٌ مَحْضٌ، ولَا ولايةَ لأحدٍ على الحَمْلِ في أن يُمَلِّكَه شيئًا، والوصيةُ فيها معنى الاستْخلافِ، حيثُ جَعَله المُوصِي خليفةً في بعضِ مالِه، وهوَ يَصْلُحُ لذلكَ بدليلِ خِلافتِه في الإرْثِ، وكذا الوصيةُ بالحَمْلِ أيضًا جائزةٌ لوجودِه[1] وَقْتَ الوصيةِ؛ لأنَّ الكلامَ فيما إذا عُلِمَ وجودُه بولادتِه لأَقَلَّ من ستَّةِ أَشهُرٍ.

وجُمْلةُ الكلامِ فيه: ما قالَ الإمامُ الأَسْبِيجابيُّ في **«شرحِ الطَّحاويِّ»** رحمه الله[2]: «أمَّا الوَصِيةُ بالحَمْلِ كما إذا أَوصَىٰ لرَجُلٍ بما في بَطْنِ جاريتِه، وَلَمْ يَكُنْ ذلكَ الولدُ منَ المَوْلَىٰ، أَوْ أَوْصَىٰ له بما في بَطْنِ دابَّتِه إذا عُلِمَ أنه ثابِتٌ موجودٌ في البَطْنِ وقْتَ الوصيةِ؛ فالوصيةُ جائزةٌ، ومعرفةُ ذلكَ بأنْ جاءَتْ لأقَلَّ مِنْ ستَّةِ أَشهُرٍ مِنْ وقْتِ مَوْتِ المُوصِي.

وذَكَر الطَّحاوِيُّ رحمه الله: أنَّه تُعْتَبَرُ المُدَّةُ منْ وَقْتِ الوَصيَّةِ، ولوْ وَلَدتْ ولدًا لِستَّةِ أشهُرٍ بعدَ موتِ المُوصِي أو لأكثرَ؛ فإنَّ الوصيَّةَ باطِلةٌ، لجوازِ أنْ يَكونَ الوَلَدُ جاءَتْ به بعدَ هذا، إلَّا إذا كانَتِ الجاريةُ في العِدَّةِ فحينئذٍ لأَجْلِ ثُبوتِ النَّسبِ يُعْتَبَرُ إلىٰ سنتَيْنِ، وكذلكَ في حَقِّ الوصيَّةِ يُعتَبَرُ إلىٰ سنتَيْنِ، وإنْ لَمْ يَكُنْ في العِدَّةِ؛ فحينئذٍ يُعتَبَرُ لأقلَّ مِنْ ستَّةِ أشهرٍ، ففي الجاريةِ والدَّابَّةِ سواءٌ».

ولوْ أوصىٰ بالجاريةِ لإنسانٍ، وبما في بطْنِها للآخرِ؛ فإنَّه يَجُوزُ إلَّا إذا وَلَدتْ ولدًا [٨/٢٦٨و/م] لأكثرَ منْ سِتَّةِ أشهرٍ بعدَ مَوْتِ المُوصِي، أو لِستَّةِ أشهرٍ؛ فحينئذٍ لَا

---

(١) وقع في الأصل: «الوجود»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيُّ [ق/٣١٢].

. . . .

نَجُوزُ الوَصيَّةُ في الوَلَدِ، وكِلَاهُما يَكُونُ للمُوصَىٰ له الجارية.

وأمَّا الوصيةُ للحَمْلِ: فكما إذا أَوْصَىٰ بثُلُثِ مالِه لِمَا في بَطْنِ فُلانةٍ؛ فإنَّه يَجُوزُ إذا وَلَدتْ لأَقَلَّ مِنْ ستَّةِ أشهرٍ مِنْ وَقْتِ مَوْتِ المُوصِي.

وذَكرَ الطَّحاوِيُّ رحمه الله: أنَّه يُعتَبَرُ مِنْ وَقْتِ الوَصيَّةِ، وكذا إذا أَوْصَىٰ بثُلُثِ مالِه لِمَا في بَطْنِ دابَّةِ فُلانٍ ليُنْفقَ عليها؛ فإنَّه يَجُوزُ الوَصيَّةُ إذا قَبِلَ ذلكَ صاحبُها، ويُعتَبَرُ فيه المدَّةُ علىٰ ما ذكَرْنا.

ولوْ أَقَرَّ لِمَا في بَطْنِ فُلانةٍ؛ فذلكَ علىٰ ثلاثةِ أوجهٍ: في وَجْهٍ: يَجُوزُ بالإجماعِ، وفي وَجْهٍ: لَا يَجُوزُ بالإجماعِ، وفي وَجْهٍ: اخْتلَفُوا فيه.

فأمَّا الوَجْهُ الَّذي يَجُوزُ بالإجماعِ: فهوَ ما إذا أَقَرَّ بالمالِ وبَيَّنَ السببَ، كما إذا أَقَرَّ لِمَا في بَطْنِ [٣/٥٠٦و] فُلانةٍ عَلَيَّ ألفُ دِرْهمٍ؛ لأنِّي قدِ اسْتَهلَكْتُ مالَه، أو سَرَقْتُ، أو غَصَبْتُ، فهذا كلُّه سَبَبٌ صحيحٌ يَجُوزُ إقرارُه به.

فأمَّا الوجهُ الَّذي لَا يَجُوزُ بالإجماعِ: فهوَ كما إذا قالَ لِمَا في بَطْنِ فُلانةٍ: عَلَيَّ ألفُ دِرْهمٍ لِمَا أنِّي قدِ استقرَضْتُ منه، فهذا لَا يَجُوزُ؛ لأنَّه أَحالَ في كلامِه.

وأمَّا الوجهُ الَّذِي اختَلَفُوا فيه: فهوَ كَمَا إذا قالَ لِمَا في بَطْنِ فلانةٍ: علَيَّ ألفُ درهمٍ مُطلَقًا، فهذا الإقرارُ باطِلٌ؛ لأنَّ الإقرارَ المُطْلَقَ يُحْمَلُ علىٰ المُدَايَنَةِ، وذلكَ مُحالٌ منَ الوَلَدِ الَّذي لَمْ يُولَدْ بَعْدُ، وهذا عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يُوسُفَ رحمهما الله.

وعندَ مُحمَّدٍ رحمه الله: هذا الإقرارُ صحيحٌ»[1]. كذا في «**شرحِ الطَّحاويِّ**» رحمه الله، وقدْ مَرَّ الإقرارُ للحَمْلِ بوُجوهِه الثلاثةِ في كتابِ الإقرارِ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٣١٢].

وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّهُ بِعَرْضِ الْوُجُودِ، إِذْ الْكَلَامُ فِيمَا إِذَا عُلِمَ وُجُودُهُ وَقْتَ الْوَصِيَّةِ، وَبَابُهَا أَوْسَعُ لِحَاجَةِ الْمَيِّتِ وَعَجْزِهِ، وَلِهَذَا تَصِحُّ فِي غَيْرِ الْمَوْجُودِ كَالثَّمَرَةِ فَلَأَنْ تَصِحَّ فِي الْمَوْجُودِ أَوْلَى.

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِجَارِيَةٍ إِلَّا حَمْلَهَا؛ صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ وَالِاسْتِثْنَاءُ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْجَارِيَةِ لَا يَتَنَاوَلُ الْحَمْلَ لَفْظًا وَلَكِنَّهُ يَسْتَحِقُّ بِالْإِطْلَاقِ تَبَعًا، فَإِذَا أَفْرَدَ

غاية البيان

قولُه: (وَبَابُهَا أَوْسَعُ)، أَيْ: بابُ الوَصِيَّةِ، والدَّليلُ على سِعَةِ أبوابها: أنَّ الوَصِيَّةَ [تَصِحُّ][1] في غيرِ الموجودِ.

أَلَا تَرَى إلى ما قالَ الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «في رَجُلٍ أَوصَى له بثَمَرةِ بُسْتانٍ، وهوَ يَخرُجُ مِن ثُلُثِه ثُمَّ ماتَ، فإنَّ أبا حَنِيفَةَ رحمه الله قالَ في ذلكَ: إنْ كانَ فيه ثمرةٌ فليسَ له إلَّا تلكَ الثمرةُ، وإنْ لَمْ يَكُنْ فيه ثمرةٌ فله ثمرتُه أبدًا مِنَ الثُّلُثِ.

وإنْ أَوصَى له بغَلَّتِه فله غَلَّتُه أبدًا منَ الثُّلُثِ؛ لأنَّ الغَلَّةَ على الأبدِ والثَّمرةَ على القائمةِ بعَيْنِها ليسَ له غيرُها، فإنْ كانَ البُستانُ ليسَ له مالٌ غَيْرُه، وأوصى بغَلَّتِه لرَجُلٍ أبدًا، وفيه ثَمَرةٌ، أوْ ليسَ له فيه ثمرةٌ؛ فهوَ سَواءٌ، له ثُلُثُ الثَّمرةِ الَّتي فيه، وثُلُثُ ما يُسْتَقْبَلُ مِن ثمرتِه»[2]. إلى هنا لفظُ الكَرْخِيِّ رحمه الله.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِجَارِيَةٍ إِلَّا حَمْلَهَا؛ صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ وَالِاسْتِثْنَاءُ) [٨/٢٦٨ظ/م]، أَيْ: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[3]، يَعْنِي: تَكُونُ الجاريةُ للمُوصَى له بها، ويَكُونُ الحَمْلُ للوَرَثةِ، وذلكَ لأنَّ لَفْظَ الجاريةِ لَا يَتَناوَلُ الحَمْلَ لُغَةً؛ لأنَّها لَا يُفْهَمُ منها، فإذا كانَ كذلكَ: صَحَّ إفرادُ الأُمِّ بالإيصاءِ باستِثْناءِ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«ر»، و«م».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٤/ داماد].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٤٤].

الْأُمِّ بِالْوَصِيَّةِ صَحَّ إِفْرَادُهَا، ولأنه [٢٨٦/و] يَصِحُّ إِفْرَادُ الْحَمْلِ بِالْوَصِيَّةِ فَجَازَ اسْتِثْنَاؤُهُ، وَهَذَا هُوَ الْأَصْلُ أَنَّ مَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنْهُ، وَقَدْ مَرَّ فِي الْبُيُوعِ.

قَالَ: وَيَجُوزُ لِلْمُوصِي الرُّجُوعُ عَنِ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَمْ يَتِمَّ فَجَازَ الرُّجُوعُ عَنْهُ كَالْهِبَةِ وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ فِي كِتَابِ الْهِبَةِ، وَلِأَنَّ الْقَبُولَ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَوْتِ وَالْإِيجَابُ يَصِحُّ إِبْطَالُهُ قَبْلَ الْقَبُولِ كَمَا فِي الْبَيْعِ.

غاية البيان

الحَمْلِ، واستِحْقاقُ المُوصَى له الحَمْلُ عندَ إطلاقِ الوَصِيَّةِ بالجاريةِ. أَعْنِي: عندَ عَدَمِ استِثناءِ الحَمْلِ على طريقِ التَّبَعِيةِ للأُمِّ، لَا باعتبارِ أَنَّ الجاريةَ تَتَناوَلُه لُغَةً، ولأَنَّ ما صَحَّ إفرادُه بالعَقْدِ؛ صَحَّ استِثْناؤُه، ويَصِحُّ إفرادُ الحَمْلِ بالوصيةِ، فَيَصِحُّ استثناؤُه، وما لَا يَصِحُّ إفرادُه؛ لَا يَصِحُّ استثناؤُه كما في شَرْيِ جاريةٍ إلَّا حَمْلَها.

قولُه: (وَقَدْ مَرَّ فِي الْبُيُوعِ)، أَيْ: في بابِ البيعِ الفاسدِ.

قولُه: (قَالَ: وَيَجُوزُ لِلْمُوصِي الرُّجُوعُ عَنِ الْوَصِيَّةِ)، أَيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصرِه»[(١)]، وذلكَ لأنَّ الوَصيَّةَ تَبَرُّعٌ، فيَجُوزُ الرُّجوعُ فيه كما في الهِبَةِ، بَلْ بالطَّرِيقِ الأَوْلَى؛ لأنَّ الهِبَةَ تَمَّتْ بالقَبْضِ، والوَصِيةُ لَا تَتِمُّ إلَّا بالقَبولِ بعدَ موتِ المُوصِي، فإذا جازَ الرُّجوعُ في الهِبَةِ مع تمامِها ـ لكونِها تَبَرُّعًا ـ؛ فلأَنْ يَجُوزَ الرُّجوعُ في الوَصِيَّةِ قبلَ التَّمامِ بالطَّرِيقِ الأَوْلَى؛ لأنَّه لَا إلزامَ على المُتَبَرِّعِ، وإلى هذا أشارَ بقولِه: (وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ فِي كِتَابِ الْهِبَةِ)، ولأَنَّ عَقْدَ الوصيةِ لَا يَتِمُّ إلَّا بقَبولِ المُوصَى له، والقَبولُ مَوقُوفٌ على مَوْتِ المُوصِي، فقَبْلَ مَوْتِه يَكُونُ إيصاءُ الموصِي مُجَرَّدَ إيجابٍ بِلَا قَبُولٍ، وإبطالُ الإيجابِ قبلَ القَبُولِ صَحِيحٌ، كما في البيعِ.

---

(١) ينظر: المصدر السابق [ص/ ٢٤٣].

قَالَ: وَإِذَا صَرَّحَ بِالرُّجُوعِ، أَوْ فَعَلَ مَا يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ؛ كَانَ رُجُوعًا.

أَمَّا الصَّرِيحُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا الدَّلَالَةُ لِأَنَّهَا تَعْمَلُ عَمَلَ الصَّرِيحِ فَقَامَ مَقَامَ قَوْلِهِ قَدْ أَبْطَلْتُ، وَصَارَ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَإِنَّهُ يَبْطُلُ الْخِيَارُ فِيهِ بِالدَّلَالَةِ، ثُمَّ كُلُّ فِعْلٍ لَوْ فَعَلَهُ الْإِنْسَانُ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ الْمَالِكِ، فَإِذَا فَعَلَهُ الْمُوصِي كَانَ رُجُوعًا، وَقَدْ عَدَدْنَا هَذِهِ الْأَفَاعِيلَ فِي كِتَابِ الْغَصْبِ.

غاية البيان

قولُه: (قالَ: وإذا صرَّحَ بالرُّجوعِ، أو فعلَ [٣/٦٠٠ظ] ما يدُلُّ على الرُّجوعِ، كانَ رُجوعًا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصره»[1].

أمَّا صريحُ الرُّجوعِ: كقوله: «رجَعْتُ عنِ الوصيَّةِ»، فهوَ صحيحٌ لِمَا قُلْنا: إنَّ الوصيةَ تبرُّعٌ، أو القبولَ فيها مَوْقُوفٌ على المَوْتِ، وكذا دلالةُ الرجوعِ؛ لأنَّ الدلالةَ تَعْمَلُ عَمَلَ الصَّريحِ، ولهذا كانَ الثابتُ بالدَّلالةِ كالثَّابتِ صَرِيحًا، فإذا فَعَلَ المُوصِي ما يَدُلُّ على الإبطالِ قامَ مَقامَ قولِه: «أَبْطَلْتُ وَصِيَّتِي». كمَا في البيعِ المَشْروطِ فيه الخِيارُ للمُشتري إذا فَعَلَ المُشتَرِي ما يَدُلُّ على إبطالِ خِيارِه.

وقالَ الشيخُ أبو الحَسَنِ الكَرْخِيُّ رحمه الله: «قالَ في «الأصل»[2]: إذا أَوْصَى رَجُلٌ لرَجُلٍ بثَوْبٍ، ثم قَطَعَه وخاطَه قَميصًا، أو بقُطْنٍ [ثُمَّ غَزَلَه، أو][3] بغَزْلٍ، ثُمَّ نَسَجَه، أو بحديدةٍ، ثُمَّ صَنَعَ منها إناءً أو سيفًا، أَوْ بفِضَّةٍ تِبْرٍ، ثُمَّ صاغَ منها خاتمًا، أو غيرَ ذلكَ، أو بسَوِيقٍ ثُمَّ لَتَّهُ، أَوْ بدارٍ لَا بناءَ فيها ثم بَنَى فيها؛ فهذا كلُّه رُجوعٌ.

ولوْ أَوْصَى بقُطْنٍ، ثُمَّ حَشَى به، أو بِبِطَانَةٍ، ثُمَّ بَطَّنَ بها قَباءً[4] أو بظِهارةٍ[5]،

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: «الأصل» للشيباني [٥/٤٣٥، ٤٣٦/ طبعة وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) في الأصل: «فغزله»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر»، وهو الموافق لما وقع في «الأصل».

(٤) القَبَاء: هو ثوب يُلْبَس فوق الثياب، أو القميص، ويُتَمَنْطَق عليه. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٥) الظِّهارَةُ: نَقِيضُ البِطَانَة، فظِهارَةُ الثوبِ: ما عَلَا منه وظَهَر، ولمْ يَلِ الجسد، وبِطانَتُه: ما وَلِيَ منه=

وَكُلُّ فِعْلٍ يُوجِبُ زِيَادَةً فِي الْمُوصَىٰ بِهِ وَلَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُ الْعَيْنِ إلَّا بِهَا فَهُوَ رُجُوعٌ إذَا فَعَلَهُ، مِثْلُ السَّوِيقِ يَلُتُّهُ بِالسَّمْنِ وَالدَّارِ يَبْنِي فِيهِ الْمُوصِي وَالْقُطْنِ يَحْشُو بِهِ وَالْبِطَانَةِ يُبَطِّنُ بِهَا وَالظِّهَارَةِ يُظَهِّرُ بِهَا، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ تَسْلِيمُهُ بِدُونِ الزِّيَادَةِ، وَلَا يُمْكِنُ نَقْضُهَا لِأَنَّهُ حَصَلَ فِي مِلْكِ الْمُوصِي مِنْ جِهَتِهِ، بِخِلَافِ

غاية البيان

ثُمَّ ظَهَّرَ بها ثَوْبًا، أَوْ أَوْصَىٰ بثَوْبٍ، أَوْ بعَبْدٍ، ثُمَّ باعَه، ثُمَّ اشتراهُ، ثُمَّ ماتَ وهوَ عندَه [٨/٢٦٩و/م]؛ فهذا رُجوعٌ، وقدْ بَطَلَتِ الوصيةُ، وكذلكَ لوْ أَوْصَىٰ بشاةٍ، ثم ذَبَحَها، أوْ بقَمِيصٍ، ثُمَّ نَقَضَه فجَعَلَه قَبَاءً، فهذا كلُّه رُجوعٌ في الوَصِيَّةِ.

ولوْ أَوْصَىٰ له بثَوْبٍ، ثُمَّ غَسَلَه، أو بدارٍ، ثُمَّ جَصَّصَها، أو هَدَمَها؛ فهذا ليسَ برُجوعٍ في الوَصِيَّةِ منْ قِبَلِ أَنَّه لَمْ يُغَيِّرِ الدَّارَ عنْ حالِها»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﵀.

والأصلُ في ذلكَ: أَنَّ كُلَّ فِعْلٍ لوْ فَعَلَه إنسانٌ في مِلْكِ الغَيْرِ؛ انقَطَعَ به حَقُّ المالِكِ، فإذا فَعَلَ المُوصِي مِثْلَ ذلكَ الفِعْلِ بعدَ الوصيةِ؛ كانَ ذلكَ رُجوعًا منه، كَمَنْ غَصَبَ شاةً وذَبَحَها وشَوَاهَا أو طَبَخَها، أو حِنْطَةً فطَحَنَها، أو حَدِيدًا فاتَّخَذَه سَيْفًا، أو صُفْرًا فعَمِلَه آنيةً؛ يَنقطِعُ حَقُّ المَغصُوبِ منه، فإذا فَعَلَ المُوصِي ذلكَ بعدَ الوَصِيَّةِ؛ كانَ رجوعًا، وإلىٰ هذا أشارَ بقولِه: (**وَقَدْ عَدَدْنَا هَذِهِ الْأَفَاعِيلَ فِي كِتَابِ الْغَصْبِ**)؛ لأنَّ تَعَلُّقَ حَقِّ المالِكِ بمِلْكِه يَمْنَعُ مِنْ تعلُّقِ حَقِّ المُوصَىٰ له بالوصيةِ.

فإذا كانَ هذا الفِعْلُ يُسْقِطُ حَقَّ المالِكِ؛ فَلَأَنْ يُسقِطَ الوَصِيَّةَ[2] أَوْلَىٰ، فكُلُّ فِعْلٍ يُوجِبُ زيادةً في المُوصَىٰ به بحيثُ لَا يُمْكِنُ تَمَيُّزُها، أوْ لَا يَسْتَحِقُّ عليه نَقْضُها؛ كانَ رجوعًا؛ لأنَّه لَا يُمْكِنُ تَسليمُ العَيْنِ المُوصَىٰ بها إلَّا بتَسلِيمِ تلكَ الزِّيادةِ، ولَا يَجِبُ ذلكَ عليه، فيَدَلُّ علىٰ الرُّجوعِ، كما إذا لَتَّ السَّوِيقَ المُوصَىٰ

= الجسد وكان داخلًا. وقد تقدم التعريف بذلك.

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٦/ داماد].

(٢) في الأصل: «حق الوصية»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

تَخْصِيصِ الدَّارِ الْمُوصَىٰ بِهَا وَهَدْمِ بِنَائِهَا لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي التَّابِعِ، وَكُلُّ تَصَرُّفٍ أَوْجَبَ زَوَالَ مِلْكِ الْمُوصِي فَهُوَ رُجُوعٌ، كَمَا إِذَا بَاعَ الْعَيْنَ الْمُوصَىٰ بِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ أَوْ وَهَبَهُ ثُمَّ رَجَعَ فِيهِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَنْفُذُ إِلَّا فِي مِلْكِهِ، فَإِذَا أَزَالَهُ كَانَ رُجُوعًا.

وَذَبْحُ الشَّاةِ الْمُوصَىٰ بِهَا رُجُوعٌ لِأَنَّهُ لِلصَّرْفِ إِلَىٰ حَاجَتِهِ عَادَةً، فَصَارَ هَذَا الْمَعْنَىٰ أَصْلًا أَيْضًا، وَغَسْلُ الثَّوْبِ الْمُوصَىٰ بِهِ لَا يَكُونُ رُجُوعًا لِأَنَّ مَنْ أَرَادَ

غاية البيان

به بسَمْنٍ، أو بَنَىٰ بناءً في الدَّارِ المُوصَىٰ بها.

وكذا إذا أَوْصَىٰ بقُطْنٍ، ثُمَّ حَشَىٰ به، أَوْ بثوبٍ فجعَله ظِهَارةً، أَوْ بِطَانَةً؛ لأنَّه لَا يَجِبُ عليه نَقْضُ ذلكَ؛ لكونِه تَصَرُّفًا في مِلْكِه. وهذا بخلافِ تَجْصِيصِ الدَّارِ وهَدْمِ بنائِها، حيثُ لَا يَكُونُ رُجوعًا؛ لأنَّ البناءَ تَبَعٌ، والتَّجْصِيصُ زِينةٌ.

وكذا لوْ غَسَلَ الثَّوْبَ المُوصَىٰ به؛ لأنَّه أزالَ الوَسَخَ، وكلُّ تَصَرُّفٍ أَوْجَبَ زوالَ مِلْكِ المُوصِي؛ فهوَ رُجوعٌ، كما إذا باعَ المُوصَىٰ به ثُمَّ اشْتَراهُ؛ لأنَّ البيعَ أَوْجَبَ زَوالَ المِلْكِ، فمُحالٌ أنْ تَبْقَىٰ الوَصِيَّةُ [٣/٥٠٧و] معها.

وإذا ذَبَحَ الشَّاةَ المُوصَىٰ بها كانَ مُجَرَّدُ الذَّبْحِ رُجُوعًا، وكانَ يَنْبَغِي ألَّا يُبْطِلَ الوَصِيَّةَ؛ لأنَّه نُقْصانٌ، كما إذا قَطَعَ ثَوْبًا وَلَمْ يَخِطْه، أو هَدَمَ بناءَ دارٍ.

ولكنْ نَقُولُ: يُبْطِلُ الوصيةَ؛ لأنَّ الذبحَ دليلٌ علىٰ استبقائِه علىٰ مِلْكِه، فكانَ دليلَ الرُّجوعِ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ لَا يُبْقِيه عادةً إلىٰ وَقْتِ الموتِ؛ لأنَّ اللَّحْمَ قَلَّما يَبْقَىٰ عادةً إلىٰ وَقْتِ المَوْتِ، فصارَ منْ هذا الوجهِ دلالةَ الرُّجُوعِ.

قالَ في «التُّحفةِ»: «ولوْ أَوْصَىٰ بقَمِيصٍ، ثُمَّ فَتَقَهُ وجَعَلَه قَباءً؛ يَكُونُ رُجوعًا. ولوْ لَمْ يَخِطْه قَبَاءً [٨/٢٦٩ظ/م]، ولكِنْ نَقَضَ القَمِيصَ، فيه اختلافُ المشايخِ ﵏»[1].

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٢٢٤].

أَنْ يُعْطِيَ ثَوْبَهُ غَيْرَهُ يَغْسِلُهُ عَادَةً فَكَانَ تَقْرِيرًا.

قولُه: (فَكَانَ تَقْرِيرًا)، أَيْ: قالَ كانَ غَسْلُ الثَّوْبِ المُوصَىٰ به تَقْرِيرًا للوَصِيَّةِ؛ لأنَّه يُرادُ به أنْ يَكُونَ المُوصَىٰ به علىٰ أَنْظفِ حالٍ، ولَا يُرَادُ به استبقاؤُه علىٰ مِلْكِ نفسِه، أَلَا تَرَىٰ إلىٰ قولِه تعالىٰ: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا۟ ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ﴾ [البقرة: ٢٦٧].

قالَ الإمامُ الأَسْبِيجابِيُّ ﷺ في «شرحِ الطَّحاويِّ»[(١)]: «الوَصِيَّةُ علىٰ أربعةِ أَوْجُهٍ: في وَجْهٍ: تَحتَمِلُ الفَسْخَ منْ جِهَةِ القَوْلِ والفِعْلِ جميعًا، وفي وَجْهٍ: لَا تَحتَمِلُ الفَسْخَ منْ جِهَةِ القَوْلِ [والفِعْلِ جميعًا، وفي وَجْهٍ: تَحتَمِلُ الفَسْخَ مِنْ جِهَةِ القَوْلِ][(٢)]، ولَا تَحتَمِلُ مِنْ جِهةِ الفِعْلِ، وفي وَجْهٍ: يَحْتَمِلُ الفَسْخَ منْ جِهَةِ الفِعْلِ، ولَا يَحتَمِلُ من جِهَةِ القَوْلِ.

أَمَّا الَّتي تَحتَمِلُ الفَسْخَ من جِهَةِ القَوْلِ والفِعْلِ جميعًا: فهوَ الوَصِيَّةُ بالعَيْنِ[(٣)] لِرَجُلٍ، وفَسْخُها منْ جِهَةِ القَوْلِ أَنْ يَقُولَ: فَسَخْتُ الوصيةَ ورَجَعْتُ عنْ تلكَ الوصيةِ.

وأمَّا فَسْخُه منْ جِهَةِ الفِعْلِ: فهوَ أنْ يَبِيعَه، أو يَعْتِقَه، أو يُخْرِجَه عَنْ مِلْكِه بوَجْهٍ منَ الوُجوهِ.

وأمَّا الوجهُ الَّذي لَا يَحتَمِلُ الفَسْخَ منْ جِهَةِ الفِعْلِ والقَوْلِ جَمِيعًا: فهوَ التَّدْبِيرُ.

وأمَّا الوَجْهُ الَّذي يَجُوزُ الرُّجوعُ عنه بالقَوْلِ ولَا يَجُوزُ بالفِعْلِ: فهوَ الوَصِيَّةُ بِرُبُعِ مالِه، أو ثُلُثِ مالِه، لوْ رَجَعَ عنه بالقَوْلِ جازَ، ولوْ أَخرجَه عنْ مِلْكِه بالبيعِ والهِبَةِ لَمْ يُبْطِلِ الوصيةَ، ويَنْفُذُ مِنْ ثُلُثِ الباقي.

وأمَّا الوَجْهُ الَّذي يَجُوزُ الرَّجوعُ عَنْه منْ جِهَةِ الفِعْلِ، ولَا يَجُوزُ منْ جِهَةِ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجابيِّ [ق/٣١٢].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«ر»، و«فا٢».

(٣) وقع في الأصل: «بالدين»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

قَالَ: وَمَنْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا كَذَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَكُونُ رُجُوعًا، لِأَنَّ الرُّجُوعَ نَفْيٌ فِي الْحَالِ وَالْجُحُودَ نَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالْحَالِ، فَأَوْلَى أَنْ يَكُونَ رُجُوعًا [٢٨٦/ط]

غاية البيان

القَوْلِ: فهوَ التَّدْبِيرُ المُقَيَّدُ نَحْوُ أنْ يَقُولَ: إنْ مِتُّ مِنْ مَرَضٍ كذا فأَنْتَ حُرٌّ بعدَ موتي، لوْ رَجَعَ عنه بالقَوْلِ لَمْ يَصِحَّ، ولوْ رَجَعَ بالفِعْلِ صَحَّ، كما إذا باعَه وصارَ[1] رجوعًا[2]. يَعْنِي: إذا باعَه ثُمَّ لَمْ يَشْتَرِهِ، فلوِ اشْتَرَاهُ عادَ إلى الحالِ الأَوَّلِ. كذا ذَكَرَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ ﵀ في كتابِ «**نُكَتِ الوصايا**».

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «**مختصرِه**»[3].

اعلمْ: أنَّ القُدُورِيَّ لَمْ يَذْكُرِ الخِلافَ في هذه المسألةِ في «**المختصرِ**»، ولَمْ يَذْكُرِ الخِلافَ مُحمَّدٌ ﵀ أيضًا في كُتُبِه، ولكنْ جَعَلَ الجُحودَ رُجوعًا في كتابِ «**الوَصايا**» ولَمْ يَجْعلْه رجوعًا في «**الجامعِ الكبيرِ**»، فعَنْ هذا اخْتَلَفَ المشايخُ فيه.

منهم مَنْ قالَ: في المسألةِ رِوايَتانِ.

ومنهم مَنْ قالَ: ما ذَكَرَ[4] في «**الجامعِ**» جوابُ القِياسِ، وما ذَكَرَ في كتابِ الوصايا جوابُ الاستِحْسانِ، كَذَا ذَكَرَ الشيخُ أبو المُعِينِ النَّسَفِي في «**شرحِ الجامعِ الكبيرِ**».

[٢٧٠/٨و/م] **ومنهم مَنْ قالَ**: الفرقُ بينهما: لوَضْعِ المسألةِ؛ لأنَّ في كتابِ [٥٠٧/٣ دظ] «**الوصايا**» جَحَدَ فصارَ رُجوعًا، وفي مسألةِ «**الجامعِ**» لَمْ يَجْحَدْ، ولكنْ

---

(١) في الأصل: «صار»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيُّ [ق/٣١٣].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢٤٣].

(٤) وقع في الأصل: «جعل»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الْجُحُودَ نَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالِانْتِفَاءُ فِي الْحَالِ ضَرُورَةُ ذَلِكَ، وَإِذَا كَانَ ثَابِتًا فِي الْحَالِ كَانَ الْجُحُودُ لَغْوًا أَوْ لِأَنَّ الرُّجُوعَ إِثْبَاتٌ فِي الْمَاضِي

غاية البيان

أَمَرَ الشُّهودَ بأنْ يَكْذِبُوا، فإذا أَمَرَهُم بالكَذِبِ لا يَكونُ رُجوعًا. كذا ذَكَر الفَقِيهُ أبو اللَّيْثِ رحمه الله في كتابِ «نُكَت الوصايا».

ثُمَّ قالَ الفقيهُ: «والصَّحيحُ أنْ يُقالَ: [إنَّ][1] في المسألةِ اختلافًا؛ لأنَّه رُوِيَ عنِ المُعَلَّى بنِ منصورٍ أنَّه قالَ: سَألْتُ أبا يوسفَ عنْ رَجُلٍ أَوْصَى لرَجُلٍ بوصيةٍ، ثُمَّ جَحَدَ، [قالَ][2]: يَكُونُ رُجوعًا. وسَألْتُ مُحمَّدًا رحمه الله فقالَ: لا يَكونُ الجحودُ رُجوعًا. فثَبَتَ أنَّ الَّذي قالَ في الوصايا قَوْلُ أبي يوسفَ رحمه الله، والَّذي قالَ في «الجامعِ» قَوْلُ مُحمَّدٍ رحمه الله». إلى هنا لفظُ الفقيهِ.

وجملةُ القَوْلِ فيه: ما قالَ الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «قال [مُعَلَّى][3]: عنْ أبي يُوسُفَ في «نَوادرِه»: قالَ أبو يُوسُفَ رحمه الله في رَجُلٍ أَوْصَى بوَصِيةٍ، ثُمَّ عُرِضَتْ عليه منَ الغَدِ، فقالَ: لا أعرِفُ هذه الوصيةَ، أوْ قالَ: لَمْ أُوصِ بهذه الوصيةَ، قالَ: فهذا رُجوعٌ منه في الوصيَّةِ.

قالَ مُعَلَّى: وسألتُ مُحمَّدًا رحمه الله عنْ ذلكَ فقالَ: لا يَكُونُ الجُحُودُ رُجوعًا.

وقالَ مُحمَّدٌ في «الأصلِ»: في رَجُلٍ أَوْصَى لِرَجُلٍ بعَبْدٍ، ثُمَّ أَوْصَى به لآخرَ - في المسائلِ الَّتي قَدَّمْنا ذِكْرَها - [ولوْ لَمْ][4] يُوصِ به لآخرَ، ولكنْ جَحَدَ الوَصِيَّةَ للأَوَّلِ، أو قالَ: لَمْ أُوصِ له به؛ فهذا رجوعٌ، وَلَمْ يُضِفْ مُحمَّدٌ القَوْلَ إلى أَحَدٍ.

قالَ: «وكذلكَ لوْ قِيلَ له: أَوْصَيْتَ لفُلانٍ بعَبْدِكَ فلانٍ؟ فقالَ: لا، فَهذا

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ» و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٤) وقع في الأصل: «ولم»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَنَفْيٌ فِي الْحَالِ وَالْجُحُودَ نَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالْحَالِ فَلَا يَكُونُ رُجُوعًا حَقِيقَةً وَلِهَذَا لَا يَكُونُ جُحُودُ النِّكَاحِ فُرْقَةً.

غاية البيان

رُجوعٌ، قالَ: ولوْ قيلَ له: أَوْصَيْتَ لِفُلانٍ بعَبْدِكَ فُلانٍ؟ فقالَ: لَا، وَلَكِنْ أَوْصَيْتُ له بفُلانةٍ؛ كانَ رُجُوعًا عنِ العَبْدِ، ومُوصًى له بالأَمَةِ»[١].

وقالَ في «الجامعِ الكبيرِ»[٢]: «في رَجُلٍ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بثُلُثِ مالِه ثُمَّ قالَ بعدَ ذلكَ: اشْهَدُوا أَنِّي لَمْ أُوصِ لِفُلانٍ بقَلِيلٍ وَلَا كَثِيرٍ؛ لَمْ يَكُنْ هذا منه رُجُوعًا عنْ وَصِيَّتِه لفُلانٍ»[٣]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

وَجْهُ ما ذَكَرَه في «الجامعِ»: وهوَ القياسُ أَنَّ قولَه: «لَمْ أُوصِ بِه». كَذِبٌ مَحْضٌ؛ لأنَّه قدْ كانَ أَوْصَىٰ، والكَذِبُ مِمَّا لَا يَتَعلَّقُ به حُكْمٌ، فيُجْعَلُ وُجودُه وعَدَمُه بمَنْزلةٍ، كَمَنْ قالَ لامرأتِه: لَمْ أتزَوَّجْكِ، ونَوَىٰ الطلاقَ؛ لَا يَصِحُّ؛ لأنَّه كَذِبٌ مَحْضٌ، فجُعِلَ وُجودُه وعَدَمُه بمنزلةٍ، ولأنَّ الجُحودَ في الوصيةِ لَا يَتحقَّقُ؛ لأنَّ وُجوبَها بالموتِ، وَلَمْ تَجِبْ في الحالِ؛ بدليلِ أنَّ المُوصَىٰ له لوْ قَبِل في الحياةِ جازَ رَدُّه بعدَ الوفاةِ، ولوْ رَدَّه في الحياةِ جازَ قَبُولُه بعدَ الوفاةِ.

فلمَّا ثَبَتَ أنَّ وُجوبَها بعدَ الموتِ، وَلَمْ يَجِبْ [٨/٢٧٠ط/م] في الحالِ، فالمُوصِي صادِقٌ في مقالتِه إنَّه لَمْ يُوصِ له. يَعْنِي: لَمْ يُوجِبْ له الوصيةَ بَعْدُ، ولأنَّ جُحُودَ الوُصِيَّةِ نَفْيٌ لها فيما مَضَىٰ، علىٰ معنىٰ أنَّ الوصيةَ لَمْ تَكُنْ واقِعةً، وانتفاءُ الوَصِيَّةِ في الحالِ يَلْزَمُ منْ ضرورةِ نَفْيِها في الماضِي ضِمْنًا، وما ثَبَتَ في ضِمْنِ شيءٍ إنَّما يَصِحُّ إذا ثَبَتَ المُتَضَمِّنُ، ولَا يَثْبُتُ المُتَضَمِّنُ؛ لأنَّه كَذِبٌ، فلَا يَثْبُتُ ما في ضِمْنِه أيضًا، وهوَ الانتفاءُ في الحالِ؛ لأنَّه بناءٌ علىٰ ذلكَ، فكانَتِ الوصيةُ ثابتةً

---

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٥/٤٣٦/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/٢٩٥].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٦/ داماد].

....

في الحالِ، فلَغَا الجُحُودُ، ولأنَّ الجُحُودَ ليسَ برُجوعٍ؛ بدليلِ أنَّ الرُّجوعَ عنِ الوصيَّةِ عِبارةٌ عنْ أثباتِها في الماضِي، وإبْطالِها في الحالِ، والجُحُودُ عبارةٌ عنْ نَفْيِها أصلًا في الماضي والحالِ جميعًا، فإذا كانَ الرُّجوعُ إثباتًا في الماضِي، والجُحُودُ نَفْيًا في الماضِي، لَا يَكُونُ الجُحُودُ رُجُوعًا لِمُنافاةٍ بينَ الإثباتِ والنَّفْيِ.

وَوَجْهُ ما ذُكِر في كتابِ «الوصايا» وهوَ الاستحسانُ: وهوَ أَنَّ الجُحودَ وإنْ [٣/٥٠٨و] كانَ كَذِبًا مَحْضًا إلّا أنَّه صَلَحَ كنايةً عنِ الفَسْخِ؛ لأنَّ بينَ الجُحُودِ والفَسْخِ مُوافقةً في المَعْنى الخاصِّ، فإنَّ الجُحُودَ مِمَّا يَنْفِي العَقْدَ في الماضي والمستقبلِ، والفَسْخُ مِمَّا يَنْفِي العَقْدَ في المستقبلِ، فكانَ بينهما مُوافقةٌ في المعنى الخاصِّ.

فإنْ تَعَذَّرَ العَمَلُ بحقيقتِه يُجْعَلُ كنايةً عنِ الفسخِ، فصارَ قولُه: «لَمْ أُوصِ بها». بِمَنْزِلةِ قولِه: «فَسَخْتُ وَصِيَّةَ فُلانٍ»، ولوْ نَصَّ على ذلكَ صَحَّ؛ لأنَّ المُوصِي مَلَكَ الرُّجوعَ منَ الوصيةِ، بخِلافِ ما لوْ قالَ لامرأتِه: لَمْ أَتزوَّجْك؛ لأنَّه لَا يُمْكِن أنْ يُجعَلَ كِنايةً عنِ الفَسْخِ؛ لأنَّ النِّكاحَ لَا يَحتَمِل الفُسْخَ، أَلَا تَرىٰ أنهما لو تَفاسَخَا لَا يَنفَسِخُ، فتَعذَّرَ أنْ يُجْعَلَ كِنايةً عنِ الطلاقِ؛ لأنَّه ليسَ بينهما مُشابَهةٌ؛ لأنَّ الجحودَ يَنْفِي العقدَ، والطَّلاقُ مِمَّا لَا يَنْفِي النِّكاحَ، وإنَّما يَقطَعُ مِلْكَ النِّكاحِ لَا النِّكاحَ.

ولِهذا لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ منَ الصداقِ إذا كانَ بعدَ الدُّخولِ، بخِلافِ ما لوْ قالَ: لَا نكاحَ بيني وبينَكَ، أوْ لَسْتِ لِي بامرأةٍ؛ لأنَّ يَحتَمِلُ الطَّلاقَ بأَنْ يُرِيدَ لَسْتِ لي بامرأةٍ؛ لأنِّي طَلَّقْتُكِ؛ لأنَّه لَوْ صَرَّحَ بذلكَ استقامَ، فكَذا إذا أَضمَر، ولأنَّ جُحُودَ الوَصِيَّةِ يُجْعَلُ رُجوعًا عنها؛ لأنَّ كُلَّ مُنْكِرٍ للشَّيءِ ليسَ براضٍ بِوُجودِه ورَادٌّ له.

أَلَا تَرىٰ أنَّ جُحودَ المُوكِّلِ الوَكالةَ حَجْرٌ على الوكيلِ، وجُحُودَ المُتبايعَيْنِ البيعَ فَسْخٌ [٨/٢٧١و/م] وإقالةٌ، وجُحودَ المُودَعِ فَسْخٌ لعَقْدِ الوَدِيعةِ، فكذلكَ هاهنا،

وَلَوْ قَالَ: كُلُّ وَصِيَّةٍ أَوْصَيْتُ بِهَا لِفُلَانٍ ؛ فَهُوَ حَرَامٌ وَرِبًا ، لَا يَكُونُ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّ الْوَصْفَ يَسْتَدْعِي بَقَاءَ الْأَصْلِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ فَهِيَ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّهُ الذَّاهِبُ الْمُتَلَاشِي.

غاية البيان

ولأنَّ الجحودَ لوْ لَمْ يُحْمَلْ علىٰ الرُّجوعِ كانَ كَذِبًا، وحَمْلُ أُمورِ المسلمينَ علىٰ الصِّحةِ أَولَىٰ، ولأنَّ الجاحِدَ نافٍ للوَصِيَّةِ في الماضِي والحالِ جميعًا، ونَفْيُ الوصيةِ في الحالِ يَصِحُّ، فإذا ضُمَّ إليه غيرُه كانَ أَوْلَىٰ، وهذا معنىٰ قولِه في «المتنِ»: (**لِأَنَّ الرُّجُوعَ نَفْيٌ فِي الْحَالِ، وَالْجُحُودَ نَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالْحَالِ، فَأَوْلَىٰ أَنْ يَكُونَ رُجُوعًا**).

قولُه: (**وَلَوْ قَالَ: كُلُّ وَصِيَّةٍ أَوْصَيْتُ بِهَا لِفُلَانٍ ؛ فَهُوَ حَرَامٌ وَرِبًا، لَا يَكُونُ رُجُوعًا**)، وهذه المسألةُ مع ما بعدَها إلىٰ البابِ منْ مسائلِ «**الجامعِ الكبيرِ**»، إلَّا مسألةَ تَأْخِيرِ الوَصِيَّةِ، وكُلُّها مذكورةٌ في «**مختصرِ الكَرْخِيِّ**»، وقدْ ذَكَرَها صاحبُ «**الهِدايةِ**» ﷺ فيها علىٰ سبيلِ التَّفرِيعِ.

ولوْ قالَ: كُلُّ وَصِيَّةٍ أَوْصَيْتُ بها لفلانٍ فهيَ باطِلةٌ ؛ يَكُونُ رُجوعًا.

وفَرَّقَ صاحبُ «**الهدايةِ**» بينَ المسألتَيْنِ، بأنَّ الوَصْفَ يَستَدْعِي بقاءَ الأَصْلِ. يَعْنِي: أنَّ وَصْفَ الوَصِيَّةِ بأنَّها حرامٌ، أو رِبًا يَقتَضِي كَوْنَ أَصْلِ الوَصِيَّة باقِيًا ؛ لأنَّه لَا وُجودَ للصفةِ بدونِ قِيامها بالموصوفِ، فلمَّا اقتَضَىٰ الوصفُ بقاءَ الأَصْلِ، لَمْ يَكُنِ الوصفُ بالحُرْمةِ، أو الرِّبا دَلَيلَ الرُّجوعِ، بخِلافِ قولِه: (**فَهِيَ بَاطِلَةٌ**) ؛ لأنَّ الباطلَ هوَ المُضْمَحِلُّ المُتَلَاشِي، فكانَ قولُه: (**فَهِيَ بَاطِلَةٌ**). دليلَ الرجوعِ.

وفرَّقُوا في «**شُروحِ**[1] **الجامعِ الكبيرِ**[2]» بوَجْهٍ آخرَ: وهوَ أنَّ قولَه: (**فَهِيَ**

(١) وقع في الأصل: «شرح»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) وقع في الأصل: «الصغير»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَلَوْ قَالَ: أَخَّرْتُهَا لَا يَكُونُ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّ التَّأْخِيرَ لَيْسَ لِلسُّقُوطِ كَتَأْخِيرِ الدَّيْنِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ تَرَكْت) لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ.

وَلَوْ قَالَ: الْعَبْدُ الَّذِي أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ فَهُوَ لِفُلَانٍ ؛ كَانَ رُجُوعًا ؛.....

غاية البيان

بَاطِلَةٌ)، وَصْفٌ للوَصِيَّةِ بما تَتَّصِفُ به بعدَ الرجوعِ ؛ لأنَّ الوصيةَ بعدَ الرجوعِ والفَسْخِ تُوصَفُ بكونِها باطِلةً، أَلَا تَرَىٰ أنَّ المُوصِي يَقُولُ: وَصيَّةُ فُلانٍ باطِلةٌ لأنِّي رَجَعْتُ عنها، فصَحَّ هذا الوصفُ، وإنَّما يَصِحُّ إذا بَطَلَتْ بالرُّجوعِ عنها.

أَمَّا قولُه: «فهِيَ حرامٌ عليه، أَوْ فهِيَ رِبًا» وَصْفُ الوصيةِ بما لَا يُوصَفُ به، لَا قبْلَ الرجوعِ ولَا بعدَ الرجوعِ.

أَمَّا قبلَ الرُّجوعِ: فظَاهِرٌ ؛ لأَنَّها ليسَتْ بحرامٍ ولَا ربًا.

وأمَّا بعدَ الرُّجوعِ: فَلِأَنَّ الوَصِيةَ لَا تُوصَفُ بكونِها حرامًا أو ربًا، فلَغَا هذا [٢٠٨/٨ظ] الوَصْفُ، فصارَ بمَنْزلةِ ما لوْ قالَ: كُلُّ وصيةٍ أَوْصَيْتُ بها لِفُلانٍ فهيَ رِبْحٌ[1].

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: أَخَّرْتُهَا لَا يَكُونُ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّ التَّأْخِيرَ لَيْسَ لِلسُّقُوطِ).

قَالَ الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «وقالَ ابنُ رُسْتُمَ: عنْ مُحمَّدٍ رحمهما الله: لوْ أنَّ رَجُلًا أَوْصَىٰ بوَصايا إلىٰ رَجُلٍ، فقيلَ له: إنَّكَ سَتَبْرأُ فأَخِّرِ الوَصِيَّةَ، فقالَ: قدْ أَخَّرْتُها ؛ فليسَ هذا برُجوعٍ [٢٧١/٨ظ/م] عنِ الوصيةِ. ولوْ قيلَ له: اتْرُكْها، فقالَ: قدْ تَرَكْتُها ؛ فهذا رُجوعٌ عنِ الوصيَّةِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّكَ لوْ قُلْتَ لِرَجُلٍ لكَ عليه دَيْنٌ: قدْ تركْتُ عليكَ دَيْنِي، كانَ تَرْكًا، ولوْ قُلْتَ: قدْ أَخَّرْتُ ؛ لَمْ يَكُنْ تَرْكًا»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الكرخيِّ رحمه الله.

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: الْعَبْدُ الَّذِي أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ [فَهُوَ لِفُلَانٍ][3] ؛ كَانَ رُجُوعًا ؛

(١) وقع في الأصل: «ربح»، والمثبت من: «ن»، و«ر»، و«م»، و«غ».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٧/ داماد].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«ر»، و«فا٢»، و«م».

لِأَنَّ اللَّفْظَ يَدُلُّ عَلَىٰ قَطْعِ الشَّرِكَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَىٰ بِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ أَوْصَىٰ بِهِ لِآخَرَ؛ لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها ....

غاية البيان

لِأَنَّ اللَّفْظَ يَدُلُّ عَلَىٰ قَطْعِ الشَّرِكَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَىٰ بِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ أَوْصَىٰ بِهِ لِآخَرَ)، أيْ: يَكُونُ العبدُ بينَ المُوصَىٰ لهما نصفَيْنِ.

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ ﷺ في كتابِ «نُكَتِ الوصايا»: «وإذا أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بعبْدِه وهوَ يَخرُج منْ ثُلُثِه، ثُمَّ أَوْصَىٰ بذلكَ العبدِ لآخرَ؛ فهوَ بينهما نِصْفانِ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ أَمْرٌ في المُسْتأنَفِ، ويَجُوزُ أنْ يَثْبُتَ حَقَّانِ في المُسْتَأْنَفِ في شيءٍ واحدٍ، أَلَا تَرَىٰ أنَّ الشُّفعةَ تَجِبُ لاثنَيْنِ ولأكثرَ في دارٍ واحدةٍ، ويَجِبُ القِصاصُ في نَفْسٍ واحدةٍ لاثنَيْنِ، ويَكُونُ لكُلِّ واحدٍ منهما الحَقُّ علىٰ الكمالِ، فكذلكَ هاهُنا يَجِبُ لِكُلِّ واحدٍ منهما حَقُّ الوصيةِ في جميعِ العبدِ، إلَّا أنَّه لَمَّا تَضايَقَ حقُّهما يَجْعَلُ القاضي العبدَ بينهما نصفَيْنِ.

قالَ في «الأصلِ»[1] في هذه المسائلِ: إنَّ المُوصِي إذا أضافَ الوَصِيَّةَ الثَّانيةَ إلىٰ المُوصَىٰ به؛ لَا يَكُونُ رُجوعًا، فتَكُونُ الوَصِيَّةُ لهما جميعًا، ولوْ أنَّه أضافَ الوَصِيَّةَ الثانيةَ إلىٰ الوصيةِ الأُولَىٰ؛ يَكُونُ رُجُوعًا، وهوَ أنْ يَقُولَ العبدُ الَّذي أَوْصَيْتُ به لِفُلانٍ قدْ أوصَيْتُ به لفلانٍ؛ صارَ ذلكَ رُجوعًا؛ لأنَّه جَعَلَ الوَصِيَّةَ الأُولَىٰ لِلثَّانِي، فإذا جَعَلَ تلكَ الوصيةَ للثَّاني كانَ رُجوعًا.

وأَمَّا إذا أضافَ الوصيةَ الثانيةَ إلىٰ العَبْدِ؛ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا، وهوَ أنْ يَقولَ: أَوْصيْتُ بهذا العبدِ لِهذا الرَّجُلِ، ثُمَّ يَقُولُ: أَوصيْتُ بهذا العبدِ لِهذا الرَّجُلِ لِرَجُلٍ آخرَ؛ لَا يَكُونُ رُجُوعًا؛ لأنَّه يَجُوزُ أنَّه يَجتَمِعُ حَقَّانِ في عَبْدٍ واحدٍ.

ولوْ أنَّهُ قالَ: العبدُ الَّذي أَوصَيْتُ به لِفُلانٍ قدْ أَوصيْتُ به لِفُلانٍ؛ لَا يَكُونُ

---

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٤٣٦/٥/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَكَذَا إِذَا قَالَ: **فَهُوَ لِفُلَانٍ وَارِثِي؛ يَكُونُ رُجُوعًا** عَنِ لِمَا بَيَّنَّا وَيَكُونُ وَصِيَّةً لِلْوَارِثِ. وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُ.

غاية البيان

رجوعًا؛ لأنَّ الواوَ للعطفِ، والعَطْفُ إنَّمَا يَكُونُ بعدَ تقريرِ المَعْطوفِ عليه، فإذا أَوْصَىٰ للثَّاني بعدَ تقريرِ الأوَّلِ؛ لَا يَكُونُ رُجوعًا، ولكنْ يَثْبُتُ لهما جميعًا.

ولوْ قالَ: العبدُ الَّذي أوصيْتُ به لِفلانٍ، فقدْ أوصيْتُ به لِفُلانٍ؛ يَكُونُ رُجوعًا؛ لأنَّ الفَاءَ للوَصْلِ مع كَوْنِه للعَطْفِ، فقدْ وَصَلَ الوَصِيَّةَ الثانيةَ بالوَصِيَّةِ الأُولىٰ، وجَعَلَ تلكَ الوَصِيَّةَ للثَّاني، فيَصِيرُ رُجوعًا.

كما قالُوا [٢٧٢/٨و/م] في بابِ المُضاربةِ إذا دَفَعَ إلىٰ رَجُلٍ مالًا مُضارَبةً، فقالَ له: خُذْ هذا المالَ مُضارَبةً، واعْمَلْ فيه بالكوفةِ؛ فله أنْ يَعملَ في غيرِ الكوفةِ، ولوْ قالَ: خُذْ هذا المالَ فاعْمَلْ بالكوفةِ؛ ليسَ له أنْ يَعمَلَ في غيرِها؛ لأنَّ الفاءَ للوَصْلِ، والواوَ للعَطْفِ، فكذلكَ هاهُنا.

قولُه: (وَكَذَا إِذَا قَالَ: فَهُوَ لِفُلَانٍ وَارِثِي؛ يَكُونُ رُجُوعًا عَنِ الْأَوَّلِ).

[٥٠٩/٣و] **قالَ في «الجامعِ الكبيرِ»:** «ولوْ قالَ: كلُّ وَصِيةٍ أَوصَيْتُ بها لفلانٍ، فهِيَ لفلانٍ وارِثِي؛ فهوَ رُجوعٌ، وهوَ للوارثِ إنْ أجازَها الورثةُ، وإنْ لَمْ يُجِزْ فهِيَ ميراثٌ»[1].

وذلكَ **لأنَّه لَمَّا قالَ:** «هيَ لِفُلانٍ وارِثِي» نَقَلَ جميعَ ذلكَ إلىٰ وارثِه، وصَحَّ النَّقْلُ؛ لأنَّ الوصيةَ للوارثِ صحيحةٌ إلَّا أنَّها تَقِفُ علىٰ إجازةِ الورثةِ، فكانَتِ الوصيةُ للوارثِ بثُلُثِ مالِه كالوصيةِ للأَجْنبيِّ بما زادَ علىٰ الثُّلُثِ، فلمَّا صَحَّ النَّقْلُ؛ كانَ رُجوعًا عنِ الوصيةِ لِفُلانٍ ووَصِيَّةً للوارثِ، فإنْ أجازَ بقيةُ الورثةِ جازَتْ، وَلَمْ تَكُنْ للورثةِ، وإنْ لَمْ يُجِيزُوا بَطَلَتْ، وكانَ ميراثًا للورثةِ.

(١) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/٢٩٥].

وَلَوْ كَانَ فُلَانٌ الْآخَرُ مَيِّتًا حِينَ أَوْصَى؛ فَالْوَصِيَّةُ الْأُولَى عَلَى حَالِهَا؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ الْأُولَى إِنَّمَا تَبْطُلُ ضَرُورَةَ كَوْنِهَا لِلثَّانِي وَلَمْ يَتَحَقَّقْ فَبَقِيَ لِلْأَوَّلِ.

وَلَوْ كَانَ فُلَانٌ حِينَ قَالَ ذَلِك حَيًّا ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي؛ فَهِيَ لِلْوَرَثَةِ لِبُطْلَانِ الْوَصِيَّتَيْنِ الْأُولَى بِالرُّجُوعِ وَالثَّانِيَةِ بِالْمَوْتِ.

غاية البيان

وهذا معنى قولِه: (وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُ)، أَيْ: حُكْمُ الإيصاءِ للوارثِ. يَعْنِي: إنْ أجازُوا الوصيةَ جازَتْ، وإلَّا بطلَتْ.

قولُه: (وَلَوْ كَانَ فُلَانٌ الْآخَرُ مَيِّتًا حِينَ أَوْصَى؛ فَالْوَصِيَّةُ الْأُولَى عَلَى حَالِهَا)، يَعْنِي: لوْ قالَ: كُلُّ وصيةٍ أوصيْتُ بها لفلانٍ فهيَ لفُلانٍ الآخرِ - وكانَ فُلانٌ الآخرُ حينَ أَوْصَى له مَيِّتًا - لَمْ يَصِحَّ الرُّجوعُ؛ لأنَّه لَمْ يَصِحَّ النَّقْلُ عنِ الوصيةِ الأُولَى؛ لأنَّ الوصيةَ للمَيِّتِ باطلةٌ، فصارَ كأنَّه لَمْ يُوصِ لأحدٍ بعدَ الوصيةِ الأُولَى.

قولُه: (وَلَوْ كَانَ فُلَانٌ حَيًّا حِينَ قَالَ ذَلِك، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي؛ فَهِيَ لِلْوَرَثَةِ)، أيْ: لورثةِ المُوصِي.

يَعْنِي: إذا كانَ فلانٌ الآخرُ حيًّا حينَ أوصَى له؛ يَصِحُّ النَّقْلُ عنِ الوصيةِ الأُولى، ثُمَّ إذا ماتَ المُوصَى له الثَّاني قبْلَ موتِ المُوصِي؛ تَبْطُلُ الوصيةُ الثانيةُ أيضًا بموتِه قبلَ المُوصِي، فإذا بَطَلَتِ الوصيَّتانِ جميعًا، الأُولى برُجوعِ المُوصِي عنها، والثانيةُ بموتِ المُوصَى له الثَّاني قبلَ موتِ المُوصي.

والله تعالى أعلمُ بالصَّوابِ

بَابُ
الْوَصِيَّةِ بِثُلُثِ الْمَالِ

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ، وَلِآخَرَ بِثُلُثِ مَالِهِ، وَلَمْ تُجِزِ الْوَرَثَةُ؛ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُ يَضِيقُ الثُّلُثُ عَنْ حَقِّهِمَا إِذْ لَا يُزَادُ عَلَيْهِ عِنْدَ عَدَمِ الْإِجَازَةِ عَلَىٰ مَا تَقَدَّمَ وَقَدْ تَسَاوَيَا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ، وَالْمَحِلُّ يَقْبَلُ الشَّرِكَةَ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا.

غاية البيان

بَابُ
الْوَصِيَّةِ بِثُلُثِ الْمَالِ

لَمَّا كانَ المُعْتبَرُ في الوَصِيَّةِ هوَ ثُلُثُ المالِ عندَ عَدَمِ إجازةِ الوَرَثةِ: تَرجَمَ هذا البابَ ببابِ الوَصِيَّةِ بثُلُثِ المالِ؛ لأنَّ فيه مسألةَ الإيصاءِ لواحدٍ بالثُّلُثِ، ولآخرَ بالثُّلُثِ أيضًا، ومسألةُ الإيصاءِ لواحدٍ بالثُّلُثِ ولآخرَ بالسُّدُسِ، ومسألةُ الإيصاءِ لواحدٍ بجميعِ المالِ، ولآخرَ بالثُّلُثِ [٨/٢٧٢ظ/م] وما شابَه ذلكَ، فتَكُونُ الوَصِيَّةُ زيادةً علىٰ الثُّلُثِ لَا محالةَ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ، وَلِآخَرَ بِثُلُثِ مَالِهِ، وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ؛ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا)، أَيْ: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصره»[1].

وإنَّما قيَّدَ بقولِه: (وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ)؛ لأنَّه إذا أجازَ الوَرَثةُ يَضرِبُ كُلُّ واحدٍ مِنَ المُوصَىٰ لهما بوَصِيَّته، فيَكُونُ لهما الثُّلُثانِ، والثُّلُثُ للوَرَثةِ، فإذا انعدمَتِ الإجازةُ؛ كانَ الثُّلُثُ بينهما نِصْفينِ، والثُّلُثانِ لِلوَرَثةِ؛ لأنَّهما تَساوَيا في سببِ الاستِحْقاقِ؛ لأنَّه ليسَ واحدٌ منهما أحَقَّ بثُلُثِ المالِ منَ الآخرِ، والتَّساوِي في سببِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٢].

وَإِنْ أَوْصَىٰ لِأَحَدِهِمَا بِالثُّلُثِ وَلِآخَرِ بِالسُّدُسِ ؛ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهَا يُدْلِي بِسَبَبٍ صَحِيحٍ وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْ حَقَّيْهِمَا فَيَقْتَسِمَانِهِ عَلَىٰ

غاية البيان

الاسْتِحْقَاقِ يُوجِبُ التَّساوِيَ في نَفسِ الاسْتِحْقاقِ ؛ لأنَّ ثُبوتَ الحُكْمِ بقَدْرِ ثُبوتِ العِلَّةِ ، فيَكُونُ ثُلُثُ المالِ بينهما نِصْفَيْنِ ؛ لأنَّه هوَ مَحَلُّ الوَصِيَّةِ ، وهوَ قابلٌ للشَّرِكةِ.

قولُه: (وَإِنْ أَوْصَىٰ لِأَحَدِهِمَا بِالثُّلُثِ وَلِآخَرِ بِالسُّدُسِ ؛ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا) ، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مختصره»[1] ، وذلكَ لأنَّ ثُلُثَ المالِ يَضِيقُ عنْ حَقِّ المُوصَىٰ لهما ؛ لأنَّ حَقَّهما يَزِيدُ علىٰ الثُّلُثِ [٣/٥٠٩ظ] بسُدُسٍ ، وكلُّ واحدٍ منهما يُدْلِي بسببٍ صحيحٍ ، فيَقتَسِمانِ علىٰ قَدْرِ حقِّهما ، فيَكُونُ لصاحِبِ السُّدُسِ سَهْمٌ ، ولصاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمانِ.

والأَصْلُ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ مَنْ يُدْلِي بسَبَبٍ صحيحٍ يَضْرِبُ بجميعِ حَقِّه ، كأصحابِ العَوْلِ ، والمُوصَىٰ له بالثُّلُثِ فما دونَه ، وغُرماءُ المَيِّتِ إذا ضاقَتِ التَّرِكةُ عنْ دُيونِه ، وكُلُّ مَنْ لَا يُدْلِي بسببٍ صحيحٍ ؛ فإنَّه يَضْرِبُ بقَدْرِ ما يُصِيبُه حالةَ المُزاحَمةِ ، كما في مسألةِ الدَّعْوَىٰ إذا ادَّعَىٰ اثنان دارًا في يَدِ آخرَ ، أَحَدُهما جَمِيعَها ، والآخرُ نِصْفَها ، وأقامَا البَيِّنَةَ ؛ فلصاحِبِ الجميعِ ثلاثةُ أرباعِها ، ولصاحِبِ النِصْفِ رُبُعُها عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ.

وقالَ أبو يوسُفَ ومُحمَّدٌ ﷺ: الدّارُ بينهم أثلاثًا ، وكذلكَ في المُوصَىٰ له بأكثرَ منَ الثُّلُثِ لَا يَضْرِبُ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ بجميعِ حَقِّه[2].

وقالَ أبو يوسُفَ ومُحمَّدٌ: يَضْرِب كُلُّ واحدٍ منهم بجميعِ حَقِّه كأصحابِ العَوْلِ.

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: «المبسوط» [٢٨/٩٧] ، «تحفة الفقهاء» [٣/١٩٣] ، «تكملة البحر الرائق» [٨/٤٦٤] ، «حاشية ابن عابدين» [٥/٦٢٧] ، «لسان الحكام» [ص ٤١٧].

قَدْرِ حَقَّيْهِمَا كَمَا فِي أَصْحَابِ الدُّيُونِ فَيُجْعَلُ الْأَقَلُّ سَهْمًا وَالْأَكْثَرُ سَهْمَيْنِ فَصَارَ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ: سَهْمٌ [٢٨٧/و] لِصَاحِبِ الْأَقَلِّ وَسَهْمَانِ لِصَاحِبِ الْأَكْثَرِ.

غاية البيان

والفرقُ بينَ السببِ الصحيحِ وغَيْرِ الصحيحِ على قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ كُلَّ سَبَبٍ يَتعَلَّقُ به الاسْتِحْقاقُ مِنْ غيرِ انضمامِ مَعْنًى آخرَ إليه؛ فهوَ سَبَبٌ صحيحٌ، وما لَا يَتعَلَّقُ به الاسْتِحْقاقُ إلَّا بمعنىً يَنضَمُّ إليه ليسَ بسببٍ صحيحٍ، ألا تَرىٰ أنَّ الدَّعْوَىٰ لَا يَتَعَلَّقُ بها الاسْتِحْقاقُ إلَّا بانضِمامِ مَعْنًى آخرَ إليها، إمَّا إقرارٌ، أوْ بَيِّنةٌ، أوْ حُكْمُ حاكمٍ.

فإذا كانَ كذلكَ انقسمَتِ الدَّارُ عندَ المُنازَعةِ علىٰ الدَّعاوِي، فقالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: لَا [٢٧٣/٨و/م] دَعْوَىٰ لمُدَّعي النِصْفِ في النِصْفِ الآخرِ، فسَلِمَ ذلكَ لمُدَّعي الجميعِ، وفي النِصْفِ الآخرِ استَوَىٰ دَعْوَاهُما فكانَ بينهما، وكانَ لمُدَّعي الجميعِ ثلاثةُ الأرباعِ، ولمُدَّعي النِصْفِ الرُّبُعُ.

وعندَهما: يَضرِبُ كُلُّ واحدٍ بجميعِ دَعْواه؛ لأنَّ الأسبابَ كُلَّها سواءٌ، فيأخُذُ مُدَّعي الجميعِ اثنَيْنِ، ومُدَّعِي النِصْفِ سَهْمًا، فكانَ أثْلاثًا.

وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ السَّببَ الَّذي لَا يَتَعَلَّقُ به الاسْتِحْقاقُ بنفسِه أضعفُ مِنَ السببِ الَّذي يَتَعَلَّقُ به الاسْتِحْقاقُ بنفسِه؛ بدليلِ أنَّ الهِبَةَ والوَصِيَّةَ اللَّتَيْنِ لَا يَتعلَّقُ الاسْتِحْقاقُ بعَقْدِهما أضعفُ منَ البَيْعِ الَّذي يَتعلَّقُ الاسْتِحْقاقُ بعَقْدِه، فلوْ سَوَّيْنا بينهما في المُضاربَةِ؛ لَسَوَّيْنا بينَ السببِ الضعيفِ والقَوِيِّ، وهذا لَا يَصِحُّ.

ووَجْه قَوْلِهما: أنَّ كُلَّ واحدٍ منهما لوِ انْفَردَ استَحَقَّ جَمِيعَ ما يَدَّعِيه، فإذا تَزاحَمَا ضَرَبَ بما يَدَّعِيه كأَصحابِ العَوْلِ، وقدْ مَرَّ بيانُ هذا في كتابِ الدَّعْوَىٰ قُبَيْلَ فَصْلِ التَّنازعِ بالأَيْدِي.

وَإِنْ أَوْصَىٰ لِأَحَدِهِمَا بِجَمِيعِ مَالِهِ، وَلِآخَرَ بِثُلُثِ مَالِهِ، وَلَمْ يُجِزِ الْوَرَثَةُ؛ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ أَرْبَعَةٍ عِنْدَهُمَا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، وَلَا يَضْرِبُ أَبُو حَنِيفَةَ لِلْمُوصَىٰ لَهُ بِمَا زَادَ عَلَىٰ الثُّلُثِ إِلَّا فِي الْمُحَابَاةِ، وَالسِّعَايَةِ، وَالدَّرَاهِمِ الْمُرْسَلَةِ.

غاية البيان

قولُه: (وَإِنْ أَوْصَىٰ لِأَحَدِهِمَا بِجَمِيعِ مَالِهِ، وَلِآخَرَ بِثُلُثِ مَالِهِ، وَلَمْ يُجِزِ الْوَرَثَةُ؛ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ أَرْبَعَةٍ عِنْدَهُمَا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رضي الله عنه: الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، وَلَا يَضْرِبُ أَبُو حَنِيفَةَ لِلْمُوصَىٰ لَهُ بِمَا زَادَ عَلَىٰ الثُّلُثِ إِلَّا فِي الْمُحَابَاةِ، وَالسِّعَايَةِ، وَالدَّرَاهِمِ الْمُرْسَلَةِ)(١)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ رحمه الله في «مختصره»(٢).

وإنَّما قيَّدَ بعَدَمِ إجازةِ الوَرَثةِ؛ لأنَّه إذا أجازَ الوَرَثةُ؛ يَكُونُ لصاحِبِ الجميعِ خمسةٌ، ولصاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمٌ واحدٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وفي قَوْلِ أبي يوسُفَ ومُحمَّدٍ رضي الله عنهما: لصاحِبِ الجميعِ ثلاثةُ أرباعِه، ولصاحِبِ الثُّلُثِ [٣/١٠٥و] رُبُعُه.

والأَصْلُ في جِنْسِ هذه المسائلِ: أنَّ القِسْمةَ عندَ أبي حَنِيفَةَ: عندَ اجتماعِ الوصايا في العَيْنِ بطريقِ المُنازعةِ.

وعندَ أبي يوسُفَ ومُحمَّدٍ رضي الله عنهما: بطريقِ العَوْلِ والمُضاربةِ.

وأصلٌ آخرُ: أنَّ المُوصَىٰ له بأكثرَ مِنَ الثُّلُثِ لَا يَضْرِبُ في الثُّلُثِ بأكثرَ مِنَ الثُّلُثِ عندَ عَدَمِ إجازةِ الوَرَثةِ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه. وقالَا: يَضْرِبُ.

---

(١) الصحيح قول أبي حنيفة، واعتمده الإمام البرهاني، والنسفي، وغيرهما. ينظر: «المبسوط» [١٤٩/٢٧]، «الاختيار» [٧٤/٥]، «تكملة فتح القدير» [٤٤٠/١٠]، «التصحيح والترجيح» [ص/٤٦٦]، «مجمع الأنهر» [٦٩٧/٢]، «رد المحتار» [٦٦٧/٦]، «اللباب في شرح الكتاب» [١٧٤/٤].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

....

وَجْهُ قَوْلِهما: أنَّ في الأَصْلِ الأولِ: أنَّ سِهامَ الوَصِيَّةِ تُشْبِهُ سِهامَ الوَرَثةِ، ثُمَّ القِسمةُ بينَ الوَرَثةِ عندَ التَّزاحُمِ بطريقِ العَوْلِ، فكذا هنا.

ووَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ ﵀: أنَّ حَقَّ أحدِهما في كُلِّ العَيْنِ، وحقُّ الآخرِ في بعضِ العَيْنِ، وصاحِبُ البعضِ لَا يَصْلُحُ مُزاحمًا لصاحِبِ الكلِّ فيما وراءَ البعضِ؛ لأنَّه لَا حَقَّ له فيه، ولَا يُشْبِهُ هذا سِهامَ الوَرَثةِ؛ لأنَّ حقَّهم في العَيْنِ حَقُّ خِلَافةٍ، ثُمَّ يَسْتَحِقُّونَ التَّركةَ بناءً علىٰ حَقِّ الخِلافةِ، فلَا يَقَعُ التَّعارُضُ فيما لهم، أمَّا هذا الحَقُّ فقدْ ثَبَتَ في العَيْنِ ابتداءً بإيجابِ المُوصِي، فيَقَعُ التَّزاحُمُ في المَحَلِّ ابتداءً، فجازَ [٨/٢٧٣ظ/م] أن يُعْتَبَر فيه حُكْمُ المُسالَمةِ والمُنازَعةِ.

وَجْهُ قَوْلِهما في الأَصْلِ الثَّاني: أنَّ الوَصِيَّةَ أُخْتُ المِيراثِ، والوارِثُ يَضْرِبُ بكُلِّ حَقِّه في التَّركةِ، فكذا هذا.

ولأبي حَنِيفَةَ ﵀: أنَّ المُوصَىٰ له يَضْرِبُ بما يَسْتحِقُّه، وهوَ لَا يَسْتَحِقُّ ما وراءَ الثُّلُثِ إلا بإجازةِ الوَرَثةِ، ولَمْ تُوجَدِ الإجازةُ.

ثُمَّ نَقُولُ: اجتَمعَتْ وَصِيَّتان في المالِ، إحداهُما بالجميعِ، والأُخْرىٰ بالثُّلُثِ، ولَا يَدَّعي صاحِبُ الثُّلُثِ أكثرَ منَ الثُّلُثِ، فسَلِمَ ما زادَ عليه لصاحِبِ الجميعِ، واسْتَوَتْ مُنازعتُهما في الثُّلُثِ، فيَكُونُ بينهما نِصْفَيْنِ، فيَصِيرُ المالُ علىٰ سِتَّةِ أَسْهُمٍ، خمسةٍ لصاحِبِ الجميعِ، وسَهْم لصاحبِ الثُّلُثِ، فإنْ لَمْ يُجِزِ الوَرَثةُ؛ فالثُّلُثُ بينهما نِصْفانِ؛ لأنَّ صاحِبَ الجميعِ لَا يَضْرِبُ بأكثرَ منَ الثُّلُثِ عندَه إلَّا في مواضعَ ثلاثةٍ: في الوَصِيَّةِ بالمُحاباةِ، والوَصِيَّةِ بالعتقِ، والأَلْفِ المُرْسَلةِ، وسَيَجِيءُ بيانُ الثَّلاثةِ بعدَ هذا.

فأمَّا علىٰ قَوْلِ أبي يوسُفَ ومُحمَّدٍ ﵉: فالقِسمةُ بطريقِ العَوْلِ والمُضاربةِ،

....

يَضْرِبُ صاحِبُ الجميعِ بالجميعِ، والآخرُ بالثُّلُثِ، فاجْعَلِ الثُّلُثَ سَهْمًا، والجميعَ ثلاثةً، فيُقْسَمُ المالُ بينهما أرباعًا عندَ الإجازةِ وعَدمِها جميعًا؛ لأنّ المَذهبَ عندَهما: أنّ المُوصَى له بأكثرَ منَ الثُّلُثِ يَضْرِبُ به في الثُّلُثِ.

وهذا الخِلافُ في حُقوقٍ اجتمعَتْ في المالِ فوقَ الثُّلُثِ، أمّا إذا اجتمعَتْ في الثُّلُثِ، فإنّه يُقْسَمُ الثُّلُثُ بينهم بطريقِ العَوْلِ بالإجماعِ لِشَبَهِهِ بحُقوقِ الوَرَثةِ؛ لأنّه لا يَقِفُ على إجازةِ أحدٍ.

قالَ في «المختلفِ»: «قالَ الحَسَنُ بنُ زيادٍ: ما قالَه أبو يوسُفَ قبيحٌ، لأنّه يُصِيبُ المُوصَى له بالثُّلُثِ عندَ الإجازةِ مِثْلَ ما يُصِيبُه عندَ عَدَمِ الإجازةِ، فإنّه يُصِيبُه عندَ عَدَمِ الإجازةِ نِصْفُ الثُّلُثِ، والآنَ كذلكَ، بَلْ يَجِبُ أنْ يُقْسَمَ الثُّلُثُ أوّلًا، وهوَ أربعةٌ منَ اثنَيْ عشرَ بينهما نِصْفَينِ؛ لأنّ الإجازةَ في قَدْرِ الثُّلُثِ ساقطةُ العِبْرةِ.

بَقِيَ ثمانيةُ [٣/١٠٠ظ] أسْهُمٍ، وهوَ الثُّلُثانِ، فصاحِبُ الجميعِ يَدَّعِي كلَّه، وصاحِبُ الثُّلُثِ لا يَدَّعِي مِنْ ذلكَ إلّا سَهْمَيْنِ؛ فإنّه يَقُولُ: حَقِّي في الثُّلُثِ، وذلكَ أربعةٌ، وقدْ وصَلَ إليَّ سَهْمانِ، بَقِيَ حَقِّي في سَهْمَيْنِ، فلا مُنازعةَ في ما وراءَ السَّهْمَيْنِ، وذلكَ سِتّةٌ، فيُعْطَى المُوصَى له بالجميعِ سِتّةَ أسْهُمٍ بلا مُنازعةٍ.

بَقِيَ سَهْمانِ قدِ استوَتْ منازعتُهما فيهما، فيُقْسَمانِ نِصْفَيْنِ كُلُّ واحدٍ منهما سَهْمٌ، فصارَ للمُوصَى له بالثُّلُثِ ثلاثةُ أسْهُمٍ مِنَ اثنَيْ عشرَ سَهْمًا، وذلكَ رُبُعُ الكُلِّ، فأفادَتِ الإجازةُ في حَقِّ صاحِبِ الثُّلُثِ»[1].

وقالَ في «شرحِ الطَّحاويِّ»: «والأصْلُ عندَ [٨/٢٧٤و/م] أبي حَنيفةَ ﵀: أنّ المُوصَى له بأكثرَ منَ الثُّلُثِ لا يَضْرِبُ بأكثرَ منَ الثُّلُثِ، إلّا في ثلاثةِ مواضِعَ: في

---

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث [١٩٢٢/٤].

. . . .

الوَصِيَّةِ بالعتقِ، وفي المُحَاباةِ، وفي الدَّراهمِ المُرْسَلةِ.

وإذا كانَتِ الوَصِيَّةُ أقلَّ منَ الثُّلُثِ، أو الرُّبُعِ، أو السُّدُسِ ونحوِه؛ فإنَّه يَضْرِبُ بجَميعِ وَصِيَّتِه عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵁.

وعندَهما: يَضْرِبُ بجميعِ وَصِيَّتِه في المواضعِ كُلِّها.

وتَفْسيرُ الوَصِيَّةِ بالعِتْقِ: وهوَ أنَّه إذا أَوْصَىٰ بعِتْقِ هذَيْنِ العبدَيْنِ، وقيمةُ أحدِهما ألفٌ، وقيمةُ الآخرِ ألْفانِ، وليسَ له مالٌ غيرُ هذَيْنِ العبدَيْنِ؛ فإنْ أجازَتِ الوَرَثةُ فإنَّهما يَعْتِقانِ معًا، وإنْ لَمْ يُجيزُوا فإنَّهما يَعْتِقانِ منَ الثُّلُثِ، وثُلُثُ مالِه ألفٌ، فالثُّلُثُ بينهما علىٰ قَدْرِ وَصِيَّتِهما، ثُلُثَا الألْفِ للَّذي قيمتُه ألفانِ، ويَسْعَىٰ في الباقي، وثُلُثُها للَّذي قيمتُه ألْفٌ، ويَسْعَىٰ في الباقي.

وكذلكَ في المُحاباةِ إذا كانَ له عَبْدانِ، قِيمةُ أحدِهما ألفٌ ومئةٌ، وقيمةُ الآخرِ سِتُّ مِئةٍ، فأَوْصَىٰ بأنْ يُباعَ أحدُهما مِنْ فُلانٍ بمئةٍ، والآخرُ بمئةٍ من فُلانٍ الآخرِ، فهاهُنا حَصلَتِ المُحاباةُ لأحدِهما بألْفٍ، وللآخرِ بخَمْسِ مِئةٍ، وذلكَ كُلُّه في حالةِ المرضِ، فإنْ خَرجَ ذلكَ منَ الثُّلُثِ جازَ.

وإنْ لَمْ يَخْرُجْ منَ الثُّلُثِ، ولَا أجازَتِ الوَرَثةُ؛ جازَتْ مُحاباتُهما بقَدْرِ الثُّلُثِ، وذلكَ الثُّلُثُ بينهما علىٰ قَدْرِ وصيَّتِهما، يَضْرِبُ أحدُهما فيه بألْفٍ، والآخرُ بخمسِ مِئةٍ.

وكذلكَ في الدَّراهِمِ المُرْسَلةِ، كما إذا أَوْصَىٰ له بألْفِ دِرْهَمٍ، وللآخرِ بألفَيْنِ، وثُلُثُ مالِه ألفُ دِرْهَمٍ؛ فإنَّ الثُّلُثَ يَكُونُ بينهما أثلاثًا، كُلُّ واحدٍ منهما يَضْرِبُ بجميعِ وصيَّتِه، وإنَّما يَضْرِبُ المُوصَىٰ له في هذه المواضعِ الثلاثِ بجميعِ وَصِيَّتِه؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ في مَخْرَجِها صحيحةٌ؛ لجوازِ أنْ يَكُونَ له مالٌ آخرُ، فيَخْرُجُ

. . . .

هذا القَدْرُ مِنَ الثُّلُثِ، ولَا كذلكَ فيما إذا أَوْصَىٰ له بنِصْفِ مالِه، وللآخرِ بثُلُثِ مالِه، أوْ بجَمِيعِ مالِه؛ لأنَّ اللَّفْظَ في مَخْرَجِه لَا يَصِحُّ؛ لأنَّ مِلْكَه ومالَه لوْ كَثُرَ، أوْ خَرَجَ له مالٌ آخرُ؛ يَدْخُلُ فيه تلكَ الوَصِيَّةُ، فلَا يَخْرُجُ منَ الثُّلُثِ»[1].

وقالَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ ﷺ في كتابِ «نُكَتِ الوصايا»: «رَجُلٌ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بنِصْفِ مالِه، ولآخرَ بثُلُثِ مالِه، فهذا علىٰ وجهَيْنِ، إمَّا أنْ يُجِيزَ الوَرَثةُ، أو لَمْ يُجيزُوا [٣/١١٥و]، فإنْ أجازُوا؛ فلصاحِبِ النِصْفِ نِصْفُ المالِ، وللآخرِ الثُّلُثُ، وبَقِيَ لِلوَرَثةِ سُدُسُ المالِ.

وأمَّا إذا لَمْ يُجِيزُوا؛ فإنَّ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ [٨/٢٧٤ظ/م]: الثُّلُثُ بينهما نِصْفانِ، وفي قولِ أبي يوسُفَ ومُحمَّدٍ ﷺ: صاحِبُ النِصْفِ يَضْرِبُ بالنِّصْفِ، وصاحِبُ الثُّلُثِ يَضْرِبُ بالثُّلُثِ، فالنِصْفُ والثُّلُثُ يَخْرُجُ مِنْ ستَّةٍ: النِصْفُ ثلاثةٌ، والثُّلُثُ سَهْمانِ، فذلكَ خمسةُ أَسْهُمٍ، يُقْسَمُ الثُّلُثُ بينهما علىٰ خمسةِ أَسْهُمٍ، وهوَ قولُ إبراهيمَ والشَّعْبِيِّ ﷺ.

وأمَّا مَذهَبُ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ الثُّلُثَ بينهما نِصْفانِ؛ لأنَّ وَصِيَّتَه لصاحِبِ النِصْفِ بما زادَ علىٰ الثُّلُثِ باطِلٌ؛ لأنَّه أَوْصَىٰ له بما مَلَكَ، وبما لَا يَمْلِكُ، فوَصِيَّتُه بما يَمْلِكُ جائِزٌ، وبما لَا يَمْلِكُ باطِلٌ، فصارَ كرَجُلٍ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بألْفِ دِرْهَمٍ، ولآخَرَ بألفَيْ دِرْهَمٍ أَلْفٌ مِنْ مالِه، وأَلْفٌ مِنْ مالِ جارِه، وثُلُثُ مالِه ألفُ دِرْهَمٍ؛ جَعَلَ الأَلْفَ بينهما في قولِهم[2] جَمِيعًا؛ لأنَّ وصيتَه بالأَلْفِ مِنْ مالِ جارِه باطلةٌ، فكذلكَ هاهُنا، وَصِيَّتُه بأكثرَ مِنْ ثُلُثِ مالِه باطِلةٌ، فصارَ كأنَّه أَوْصَىٰ لهذا بالثُّلُثِ، ولِهذا بالثُّلُثِ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجابِيِّ [ق/٣١١].

(٢) وقع في الأصل: «حقوقهم»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

....

غاية البيان

وأمَّا أبو يوسُفَ ومُحمَّدٌ رحمهما الله **يَقُولانِ**: إنَّ في زيادَتِه مَعْنَيَيْنِ: معنىٰ الاسْتِحْقاقِ علىٰ الوَرَثةِ بأكثرَ منَ الثُّلُثِ، ومَعْنىٰ التَّفضِيلِ لأحدِهما علىٰ الآخرِ، فبَطَلَ معنىٰ الاسْتِحْقاقِ، وبَقِيَ معنىٰ التَّفضِيلِ، وتَفضِيلُه لبعضِ أهل الوصايَا [علىٰ البعضِ][1] جائزٌ.

أَلَا تَرَىٰ أنَّه لوْ أَوْصَىٰ لأحدِهما بالثُّلُثِ، ولآخرَ بالرُّبُعِ؛ فالثُّلُثُ لَا يَتَّسِعُ لهما جَمِيعًا، فيَضْرِبُ كلُّ واحدٍ منهما في الثُّلُثِ بمَقْدارِ وَصِيَّتِه، فكذلكَ هاهُنا.

والجوابُ لأبي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّه يَجُوزُ التَّفضِيلُ إذا صحَّ ذِكْرُ الزِّيادةِ، فلمَّا لَمْ يَصِحَّ ذِكْرُ الزيادةِ علىٰ الثُّلُثِ؛ لَا يَصِحُّ التَّفضِيلُ.

فإنْ قِيلَ: لوْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بأَلْفِ دِرْهَمٍ، ولآخرَ بألفَيْنِ، وثُلُثُ مالِه أَلْفُ دِرْهَمٍ، قُسِمَ الأَلْفُ بينهما أثلاثًا في قَوْلِهم جَمِيعًا.

قيلَ له: هذا لَا يُشْبِهُ ذِكْرَ الأَلْف والأَلْفَيْنِ؛ لأنَّ ذِكْرَ الأَلْفِ والألفَيْنِ لَمْ يَكُنْ فاسِدًا؛ لأنَّهُ يَجُوزُ أنْ يَكتَسِبَ المالَ قبلَ موتِه حتَّىٰ يَحصُلَ لأحدِهما ألفٌ، وللآخرِ أَلْفانِ، فلمَّا لَمْ يَكُنْ مَخْرَجُ الكلامِ فاسدًا؛ قُسِمَ علىٰ مقدارِ وصيَّتِهما.

وأمَّا هاهُنا: فتسميةُ[2] ما زادَ علىٰ الثُّلُثِ باطلةٌ؛ لأنَّه لَا يَمْلِكُ[3] أكثرَ مِنْ ثُلُثِ مالِه، وإذا لَمْ يُجِزِ الوَرَثةَ، فكأنَّه لَمْ يُوصِ بأكثرَ منَ الثُّلُثِ.

فإنْ قِيلَ: إذا أَوْصَىٰ بعَبْدٍ قيمتُه أكثرُ منَ الثُّلُثِ، فَلِمَ لَا يَضْرِبُ بذلكَ كلِّه، ومَخْرَجُ كلامِه لَمْ يَكُنْ فاسِدًا؛ لأنَّه يَحتَمِلُ أنْ يَكتَسِبَ المالَ حتَّىٰ يَخرُجَ العبدُ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) في الأصل: «فتسميته»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٣) في الأصل: «يمكن»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

....

منَ الثُّلُثِ.

قيلَ له: مَخْرَجُ كلامِه لَمْ يَكُنْ فاسدًا [٢٧٥/٨و/م]، إلَّا أنَّه لَمَّا ماتَ فقدِ استحَقَّ عليه الوَرَثةُ فيما زادَ على الثُّلُثِ؛ لأنَّ حقَّهم قدْ وَجَبَ في تلكَ العَيْنِ، وفي ذِكْرِ الأَلْفِ والألفَيْنِ لَمْ يُوجَدِ الاسْتِحْقاقُ».

وقالَ في «نُكَتِ الوصايا» أيضًا: «رَجُلٌ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِنِصْفِ مالِه، ولآخَرَ بثُلُثِ مالِه، وللآخرِ بِرُبُعِه، فهذا أيضًا على وجهَيْنِ: إمَّا أنْ يُجِيزَ الوَرَثةُ، أو لَمْ يُجِيزُوا، فإنْ أجازتِ الوَرَثةُ؛ قُسِمَ المالُ بينهم، فصاحِبُ النِصْفِ يَضْرِبُ بالنِصْفِ، والآخرُ بالثُّلُثِ، والآخَرُ بالرُّبُعِ، فيَحتاجُ إلىٰ حسابٍ له نِصْفٌ وثُلُثٌ ورُبُعٌ، وذلكَ يَخْرُجُ مِن اثنيْ عشرَ، فصاحِبُ النِّصْفِ [١١/٣ـ٥ظ] يَضْرِبُ بالنِصْفِ، وذلكَ ستةٌ، وصاحِبُ الثُّلُثِ يَضْرِبُ بالثُّلُثِ، وذلكَ أربعةٌ، وصاحِبُ الرُّبُعِ يَضْرِبُ بالرُّبُعِ، وذلكَ ثلاثةٌ، فيَكُونُ ثلاثةَ عشَرَ سَهْمًا، فيُقْسَمُ[١] المالُ بينهم علىٰ ثلاثةَ عشرَ سَهْمًا.

وإنْ لَمْ يُجِزِ الوَرَثةُ قُسِمَ المالُ [بينَهم][٢] علىٰ ثلاثةَ عَشَر سَهْمًا، وهذا قولُ أبي يوسُفَ ومُحمَّدٍ ﵄، وهوَ قولُ إبراهيمَ النَّخْعِيِّ ﵀.

وأَمَّا في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵀: فإنْ لَمْ يُجِزِ الوَرَثةُ؛ قُسِمَ الثُّلُثُ بينَهم، فصاحِبُ النِّصْفِ يَضْرِبُ بالثُّلُثِ، ولَا يَضْرِبُ بأكثرَ منْ ذلكَ، وصاحِبُ الثُّلُثِ يَضْرِبُ بالثُّلُثِ، وصاحِبُ الرُّبُعِ يَضْرِبُ بالرُّبُعِ، فيُقْسَمُ الثُّلُثُ على أحدَ عَشَرَ سَهْمًا.

وإنْ أجازَتِ الوَرَثةُ لَمْ يَذْكُرْ جوابَه في كتابِ الوصايا، ولكنْ ذَكَرَ في كتابِ **«العَيْنِ والدَّيْنِ»**[٣] مسألةً تُخَرَّجُ هذه المسألةُ علىٰ قياسِ تلكَ المسألةِ علىٰ اختلافِ

---

(١) في الأصل: «فقسم»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٣) ذكر السرخسي أن كتاب «العين والدين» والذي سمي في «الأصل» بكتاب «الوصايا في العين=

. . . .

الروايتَيْنِ، ورَوَىٰ عنه أبو يوسُفَ بخِلافِ ما رَوَىٰ عنه مُحمَّدُ بنُ الحسنِ ﷺ.

فأمَّا الَّذي رَوَىٰ عنه أبو يوسُفَ ﷺ قالَ: صاحِبُ النِّصْفِ يَأخُذُ السُّدُسَ بلا مُنازعةٍ، والسُّدُسُ بينَ صاحِبِ النِّصْفِ وصاحِبِ الثُّلُثِ نِصْفانِ، فاجعلِ الحِسابَ بينَ اثْنَيْ عشرَ، فصاحِبُ الثُّلُثِ لَا دَعْوَىٰ له في أكثرَ منْ أربعةِ أَسْهُمٍ، وصاحِبُ النِّصْفِ يَدَّعِي النِّصْفَ، وذلكَ سِتَّةٌ، فقدْ فَضَلَ علىٰ صاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمانِ، فادْفَعِ السَّهْمَيْنِ لصاحِبِ النِّصْفِ بلا مُنازعةٍ، فَبَقِيَ هناك عشرةُ أَسْهُمٍ.

فصاحِبُ الرُّبُعِ لَا يَدَّعِي أكثرَ منْ ثلاثةٍ، وصاحِبُ الثُّلُثِ يَدَّعي الثُّلُثَ، وهوَ أربعةٌ، وصاحِبُ النِّصْفِ أيضًا بَقِيَ من دَعْواهُ الثُّلُثُ، وهوَ أربعةٌ، فقدْ فَضَلَ كُلُّ واحدٍ منهما علىٰ صاحِبِ الرُّبُعِ بسَهْمٍ، فيُعْطَىٰ لكلِّ واحدٍ منهما سَهْمٌ؛ لأنَّ المالَ مُتَّسِعٌ.

فَبَقِيَ هناكَ ثمانيةُ أَسْهُمٍ بينهم أثلاثًا لَا يَستَقِيمُ، فاضْرِبْ ثلاثةً في اثْنَيْ عشرةَ؛ يَصِيرُ ستةً وثلاثينَ، فالسُّدُسُ لصاحِبِ النِّصْفِ بلا مُنازعةٍ، وذلكَ سِتَّةٌ، وصاحِبُ [٨/٢٧٥ظ/م] الثُّلُثِ، وصاحِبُ النِّصْفِ قدْ كانَ فَضَلَ كُلُّ واحدٍ منهما علىٰ صاحِبِ الرُّبُعِ بسَهْمٍ، وقدْ صارَ السَّهْمُ مَضْروبًا في ثلاثةٍ لِكُلِّ واحدٍ منهما ثلاثةٌ، وقدْ كانَ بَقِيَ هناك ثمانيةٌ مَضْروبٌ في ثلاثةٍ، فذلكَ أربعةٌ وعشرونَ بينَهم أثلاثًا لِكُلِّ واحدٍ منهم ثمانيةٌ، فحَصَلَ لصاحِبِ النِّصْفِ سبعةَ عشرَ، ولصاحِبِ الثُّلُثِ أَحَدَ عَشَرَ، ولصاحِبِ الرُّبُعِ ثمانيةٌ.

وأمَّا في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ في تَخْريجِ مُحمَّدِ بنِ الحسنِ ﷺ: أنَّ صاحِبَ

= والدين» وكتاب «حساب الوصايا» ألفه الإمام محمد بالاستفادة من كتب الحسن بن زياد، فقد كان الحسن مقدماً في علم الحساب، ومسائل هذين الكتابين مبنية على العلم بالحساب. ينظر: «المبسوط» للسرخسي [٢٨/١١٠]، مقدمة كتاب «الأصل» لمحمد بن الحسن [ص/٦٢] للدكتور محمَّد بوينوكالن. طبعة وزارة الأوقاف القطرية.

....

النِّصْفِ يَأْخُذُ السُّدُسَ بلا منازعةٍ، وهوَ سَهْمانِ مِنَ اثْنَيْ عَشَرَ، كما رَوَىٰ أبو يوسُفَ ﷺ، فَبَقِيَ منْ دَعْوَىٰ صاحِبِ النِّصْفِ الثُّلُثُ، ودَعْوَىٰ صاحِبِ الثُّلُثِ الثُّلُثُ، ودَعْوَىٰ صاحِبِ الرُّبُعِ الرُّبُعُ، فقدِ اجتمعَتْ دَعاوِيهم في الثُّلُثِ والرُّبُعِ.

فصاحِبُ النِّصْفِ يَضرِبُ بالثلثِ، وذلكَ أربعةٌ، وصاحِبُ الثُّلُثِ بأربعةٍ، وصاحِبُ الربعِ بثلاثةٍ، فذلكَ أحدَ عشرَ، وقدْ بَقِيَ مِنَ المالِ عشرةٌ، وعشرةٌ علىٰ أحدَ عَشَرَ لَا تَسْتقيمُ، فاضْرِبْ أحدَ عَشَرَ في اثْنَيْ عَشَرَ، فصارَ مئةً واثنيْنِ وثلاثينَ، وقدْ كُنَّا أَعْطَيْنا صاحِبَ النِّصْفِ سَهْمَيْنِ مَضْرُوبٌ في أحدَ عَشَرَ، فذلك اثنانِ وعشرونَ، وبَقِيَ هناكَ مئةٌ وعَشرةٌ بينهم علىٰ أَحَدَ عَشَرَ، [٥١٢/٣و] لصاحِبِ النِّصْفِ أربعونَ، [ولصاحِبِ الثُّلُثِ أربعونَ][1]، ولصاحِبِ الرُّبُعِ ثلاثونَ». والباقي يُعْلَمُ في كتابِ «**نُكَتِ الوصايا**».

وقالَ القُدُورِيُّ ﷺ **في كتابِ «التقريبِ»**: «قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: إذا أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بنِصْفِ مالِه، ولآخرَ بثُلُثِه، ولآخرَ بجَمِيعِه، فأجازَ ذلكَ الوارِثُ؛ فلِصاحِبِ الجميعِ خمسةٌ وعشرونَ سَهْمًا من سِتَّةٍ وثلاثينَ سَهْمًا منْ جَمِيعِ المالِ، وذلكَ ثُلُثَا المالِ، وسُدُسُ سُدُسِه، ولصاحِبِ النِّصْفِ سبعةُ أَسْهُمٍ، وذلكَ سُدُسُ المالِ، وسُدُسُ سُدُسِه، ولصاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثَا سُدُسِ المالِ، وهوَ أربعةُ أَسَهْمٍ، وذلكَ لأَنَّكَ تَحْتَاجُ إلىٰ مالٍ له سُدُسٌ، ولسُدُسِه نِصْفٌ، وله ثُلُثٌ، ولثُلُثِه ثُلُثٌ، فاضْرِبِ اثْنَيْ عَشَرَ في ثلاثةٍ يَكُونُ ستةً وثلاثِينَ، فيَسْلَمُ لصاحِبِ الجميعِ نِصْفُ المالِ بلا مُنازعةٍ، وذلكَ ثَمانيةَ عَشَرَ سَهْمًا، وبَقِيَ ثَمانيةَ عَشَرَ سَهْمًا، وستَّةُ أَسْهُمٍ لَا مُنازَعةَ فيها لصاحِبِ الثُّلُثِ، فيَكُونُ بينَ صاحِبِ الجميعِ وصاحِبِ النِّصْفِ، وبَقِيَ ثُلُثُ المالِ اثْنَيْ عَشَرَ بينهم أثلاثًا لِتَساوِيهم فيها.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م».

. . . .

وأمَّا علىٰ قَوْلِهما: فصاحِبُ الجميعِ يَضْرِبُ بجميعِ المالِ [٢٧٦/٨و/م] سِتَّةً، وصاحِبُ النِّصْفِ بثلاثةٍ، وصاحِبُ الثُّلُثِ بسَهْمَيْنِ؛ فذلك أَحَدَ عَشَر سَهْمًا».

وقالَ في «شرحِ الطَّحاوِيِّ» رحمه الله: «ومَنْ أَوصَىٰ لرجُلٍ برُبُعِ مالِه، ولآخَرَ بنصفِ مالِه، فإنْ أجازَتِ الوَرثةُ فنصفُ المالِ يَكُونُ للَّذي أَوْصَىٰ له بالنِّصْفِ، والرُّبُعُ للَّذي أَوْصَىٰ له بالرُّبُعِ، وبَقِيَ الرُّبُعُ يَكُونُ بينَ الوَرَثةِ علىٰ فرائضِ اللهِ تعالىٰ.

ولوْ لَمْ يُجِزِ الوَرَثةُ، فإنَّما تَجُوزُ الوَصِيَّةُ منَ الثُّلُثِ، ويَكُونُ ثُلُثا المالِ بينهما علىٰ سبعةِ أَسَهْمٍ، أربعةُ أَسْهُمٍ للمُوصَىٰ له بالنِّصْفِ، وثلاثةُ أَسْهُمٍ منْ ذلكَ للمُوصَىٰ له بالرُّبُعِ، وهذا عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وعندَ صاحِبَيْه: يُقْسَمُ بينهما علىٰ ثلاثةِ أَسْهُمٍ، سَهْمانِ للمُوصَىٰ له بالنِّصْفِ، وسَهْمٌ للمُوصَىٰ له بالرُّبُعِ، وإنَّما يُقْسَمُ علىٰ سبعةِ أَسْهُمٍ عندَه؛ لأنَّ مِنْ مَذهبِه: أنَّ المُوصَىٰ له بالنِّصْفِ لَا يَضْرِبُ له إلا بالثُّلُثِ، والمُوصَىٰ له بالرُّبُعِ يَضْرِبُ له بالرُّبُعِ، فاحْتَجْنا إلىٰ حسابٍ له ثُلُثٌ ورُبُعٌ، وذلكَ اثْنا عَشَرَ، الثُّلُثُ منْ ذلكَ أربعةٌ، والرُّبُعُ ثلاثةٌ، فتُجْعَلُ وصيتُهما علىٰ سبعةٍ، وذلكَ ثُلُثُ المالِ، وثُلُثا[1] المالِ أربعةَ عشرَ، وجميعُ المالِ [أَحَدَ وعشرونَ][2]، فيُجْعَلُ المالُ أحدًا وعشرينَ، سبعةٌ مِنْ ذلكَ للمُوصَىٰ لهما، فأربعةٌ للمُوصَىٰ له بالنِّصْفِ، وثلاثةٌ للمُوصَىٰ له بالرُّبُعِ.

وعندَهما: يُقْسَمُ المالُ علىٰ ثلاثةِ أَسْهُمٍ؛ لأنَّ المُوصَىٰ له بالنِّصْفِ يَضرِبُ بجميعِ وَصِيَّتِه عندَهما، والمُوصَىٰ له بالرُّبُعِ يَضرِبُ بالرُّبُعِ، والرُّبُعُ مِثْلُ نِصْفِ النِّصْفِ، فيُجْعَلُ كُلُّ رُبُعٍ سَهْمًا، فالنِّصْفُ يَكُونُ سَهْمينِ، والرُّبُعُ سهمًا، فيَكُونُ

---

(١) وقع في الأصل: «أو ثلثا»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

لَهُمَا فِي الْخِلَافِيَّةِ أَنَّ الْمُوصِيَ قَصَدَ شَيْئَيْنِ: الِاسْتِحْقَاقَ وَالتَّفْضِيلَ[١].

ثلاثةً، فيُقْسَمُ الثُّلُثُ بينهما على ثلاثةٍ، سَهْمانِ للمُوصَىٰ له بالنِّصْفِ، وسَهْمٌ للمُوصَىٰ له بالرُّبُعِ»[٢].

وهذه المسائلُ وإنْ لَمْ تُذْكَرْ في «الهدايةِ»، ذَكَرْتُها هنا تَشحِيذًا وتَكْثِيرًا للفوائدِ.

قولُه: (وَلَا يَضْرِبُ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله لِلْمُوصَىٰ لَهُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ)[٣].

يُقالُ: ضَرَبَ له في مالِه سَهْمًا[٤]، أَيْ: جَعَلَ، فعَلَىٰ هذا يَكُونُ معنىٰ قَوْلِه في «**المختصرِ**»[٥] علىٰ حَذْفِ المفعولِ، أي: لَا يَجْعَلُ له شيئًا فيه، ولَا يُعْطِيه. كذا [٣/٥١٢ط] في «**المغربِ**»، وذَكَرَ فيه أيضًا: «ضَرَبَ في الجَزُورِ بسَهْمٍ إذا شَرَكَ فيها وأَخَذَ منها نصيبًا، وقالَ الفقهاءُ [٨/٢٧٦ط/م]: فُلانٌ يَضْرِبُ فيه بالثُّلُثِ، أيْ: يَأخُذُ منه شيئًا بحُكْمِ ما له منَ الثُّلُثِ»[٦].

قولُه: (لَهُمَا فِي الْخِلَافِيَّةِ)، أيْ: في المسألةِ المُختَلَفِ فيها، وهيَ مسألةُ الإيصاءِ لأحدِهما بجميعِ مالِه، ولآخرَ بالثُّلُثِ.

قولُه: (أَنَّ الْمُوصِيَ قَصَدَ شَيْئَيْنِ: الِاسْتِحْقَاقَ وَالتَّفْضِيلَ)... إلىٰ آخرِه.

---

(١) زاد بعده في (ط): «وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة وأختيها. وَلَهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ وَقَعَتْ بِغَيْرِ الْمَشْرُوعِ عِنْدَ عَدَمِ الْإِجَازَةِ، إذ لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلا. والتفضيل».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجابِيِّ [ق/٣١١].

(٣) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ١٦٠]، «مختصر اختلاف العلماء» [٥/١٦]، «مختلف الرواية» [٤/١٩٢٦]، «المبسوط» [٢٨/٩، ١٣٣]، «الفقه النافع» [٣/١٤١٥، ١٤١٦]، «تبيين الحقائق» [٦/١٩٦، ١٩٧]، «الفتاوىٰ الهندية» [٦/١٣٢].

(٤) وقع في الأصل: «بينهما»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٥) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٤٢].

(٦) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٢/٧].

يَثْبُتُ فِي ضِمْنِ الِاسْتِحْقَاقِ فَبَطَلَ بِبُطْلَانِهِ كَالْمُحَابَاةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمْنِ الْبَيْعِ، بِخِلَافِ مَوَاضِعِ الْإِجْمَاعِ لِأَنَّ لَهَا نَفَاذًا فِي الْجُمْلَةِ بِدُونِ إجَازَةِ الْوَرَثَةِ بِأَنْ كَانَ فِي الْمَالِ سَعَةٌ فَتُعْتَبَرُ فِي التَّفَاضُلِ لِكَوْنِهِ مَشْرُوعًا فِي الْجُمْلَةِ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ.

غاية البيان

بيانُه: أنَّ غَرَضَ المُوصِي مِنْ إيصائِه بالجميعِ لواحِدٍ، وبالثُّلُثِ لآخرَ شيئانِ:

أحدُهما: هوَ الاسْتِحْقاقُ علىٰ الوَرَثةِ فيما زادَ علىٰ الثُّلُثِ.

والآخرُ: تَفضِيلُ بعضِ أهلِ الوصايا علىٰ البعضِ، فامتَنَعَ الاسْتِحْقاقُ لمانعٍ، وهوَ حَقُّ الورثةِ، ولَا مانعَ منَ التَّفضِيلِ، فيَثْبُتُ التَّفضِيلُ، فيَضرِبُ صاحِبُ الأكثرِ في الثُّلُثِ بقَدْرِ نَصِيبِه، كما في الصُّوَرِ الثَّلاثِ منَ المُحاباةِ، والسِّعايةِ، والدَّراهمِ المُرسَلةِ، أيْ: المُطلَقةِ؛ لأنَّ الإرسالَ والإطلاقَ واحِدٌ في اللُّغةِ.

وفسَّرَ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصرِه» ذلكَ بقولِه: «والوصايا المُرسَلةُ ما كانَ وَصِيَّةً بشَيْءٍ بغيرِ عَيْنِه، ولَا يَكُونُ مَنسوبًا إلىٰ جزءٍ منَ المالِ، وهوَ أن يَقُولَ: قدْ أوْصَيتُ لعمرٍو بألْفِ دِرْهَمٍ، ولزَيْدٍ بمئةِ دينارٍ، وما كانَ في معنىٰ هذا: فإنَّ أبا حَنِيفَةَ ﷺ كانَ يَضْرِبُ لأصحابِ هذه الوصايا في الثُّلُثِ بجميعِ ما سَمَّىٰ لِكُلِّ واحدٍ منهم، وإنْ جاوَزَ قَدْرَ وَصِيَّةِ الثُّلُثِ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

قولُه: (**وَلَهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ وَقَعَتْ بِغَيْرِ الْمَشْرُوعِ عِنْدَ عَدَمِ الْإِجَازَةِ**)، يَعْنِي: أنَّ وَصِيَّةَ المُوصِي بما زادَ علىٰ الثُّلُثِ، وَصِيَّةٌ بغيرِ المشروعِ؛ لأنَّه لَا يَمْلِكُ ذلكَ إذا لَمْ تُجِزِ الورثةُ، فإذا لَمْ يَثْبُتِ الاسْتِحْقاقُ في الزَّائدِ علىٰ الثُّلُثِ؛ لَا يَثْبُتُ التَّفضِيلُ أيضًا؛ لأنَّه بناءٌ علىٰ الاسْتِحْقاقِ ثابتٌ في ضِمْنِه، فإذا انتفَىٰ المُتضَمِّنُ انتفَىٰ ما في ضِمْنِه، كالمُحاباةِ الثابتَةِ في ضِمْنِ البَيْعِ، إذا صَحَّ البَيْعُ صَحَّتْ، وإذا بَطَلَ بَطَلَتْ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٩٩/ داماد].

وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَىٰ بِعَيْنٍ مِنْ تَرِكَتِهِ وَقِيمَتُهُ تَزِيدُ عَلَى الثُّلُثِ فَإِنَّهُ يَضْرِبُ بِالثُّلُثِ وَإِنِ احْتَمَلَ أَنْ يَزِيدَ الْمَالُ فَيَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ، لِأَنَّ هُنَاكَ الْحَقُّ تَعَلَّقَ بِعَيْنِ التَّرِكَةِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ هَلَكَ وَاسْتَفَادَ مَالًا آخَرَ تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ، وَفِي الْأَلْفِ الْمُرْسَلَةِ لَوْ هَلَكَتِ التَّرِكَةُ تَنْفُذُ فِيمَا يُسْتَفَادُ فَلَمْ يَكُنْ مُتَعَلِّقًا بِعَيْنِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْوَرَثَةِ.

غاية البيان

وقدْ [كُنَّا][1] ذكرْنا [قبْلَ هذا][2]: أنَّ أبا حَنِيفَةَ قالَ: كُلُّ مَنْ أدلَىٰ بسببٍ صحيحٍ؛ يَضْرِبُ بجميعِ دَعْواه، ومَنْ لَمْ يُدْلِ بسببٍ صحيحٍ لَمْ يَضْرِبْ بجميعِها، فصاحِبُ الجميعِ لَا يُدْلِي بسببٍ صحيحٍ.

ألَا تَرَىٰ أنَّه لَا يَستَحِقُّ وَصِيَّته أبدًا إلا بإجازةٍ مِنْ جهةِ غيرِ المُوصِي، فصارَ كالوَصِيَّةِ بثُلُثِ مالِ الغَيْرِ، وليسَ كذلكَ المُوصَىٰ له بالثُّلُثِ؛ لأنَّ سببَه علىٰ الانفرادِ يَسْتَحِقُّ به مِنْ غيرِ إجازةٍ، ولَا حُكْمَ في جَمِيعِ الأحوالِ، فصارَ كأصحابِ العَوْلِ والدُّيونِ [٨/٢٧٧و/م]، بخِلافِ مواضعِ الإجماعِ مِنَ المُحاباةِ، والسِّعايةِ، والدَّراهمِ المُرسَلةِ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ ثَمَّةَ صحيحةٌ في مَخرجِها؛ لأنَّ لها نَفاذًا في الجُمْلةِ مِنْ غيرِ إجازةِ الورثةِ؛ لأنَّه يَجُوزُ أنْ يَكتَسِبَ مالًا قبلَ الموتِ، فتَخْرُجُ هذه الوصايا مِنَ الثُّلُثِ، وليسَ كذلكَ إذا أَوْصَىٰ بجميعِ المالِ لواحدٍ ولآخرَ بالثلثِ؛ لأنَّ مالَه وإنْ كَثُرَ لَا يُخْرِجُ ذلكَ مِنَ الثُّلُثِ.

فعُلِمَ: أنَّ الوَصِيَّةَ لَمْ تَصِحَّ في مَخْرَجِه.

ولَا يُقالُ: يَرِدُ علىٰ ما قُلْتُم في الوَصِيَّةِ المُرسَلةِ: الوَصِيَّةُ بعَيْنٍ مِنَ التَّرِكةِ، مِثْلُ عبدٍ أوْ فَرَسٍ، أوْ ثَوْبٍ مثلًا قيمتُه تَزِيدُ علىٰ الثُّلُثِ، حيثُ لَا يَضْرِبُ فيه المُوصَىٰ له بأكثرَ مِنَ الثُّلُثِ، وإنْ كانَ يَحتَمِلُ [٣/٥١٣و] أنْ يَخْرُجَ مِنَ الثُّلُثِ أيضًا،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

قَالَ: ولو أَوْصَىٰ بنَصِيبِ ابْنِهِ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ، وَإِنْ أَوْصَىٰ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ جَازَ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ وَصِيَّةٌ بِمَالِ الْغَيْرِ، لِأَنَّ نَصِيبَ الِابْنِ مَا يُصِيبُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ

غاية البيان

بأنْ يَتَّسِعَ مالُه بالاكْتِسابِ؛ لأنَّ ثَمّةَ حَقَّ الوَرَثةِ تَعَلَّقَ بعَيْنِ التَّركةِ؛ لأنَّه لمَّا ماتَ اسْتحقَّ عليه الوَرَثةُ فيما زادَ علىٰ الثُّلُثِ منْ ذلكَ العَيْنِ، فكانَتِ الوَصِيَّةُ مُتعلِّقةً بعَيْنِ ما تَعَلَّقَ به حَقُّ الوَرَثةِ ظاهِرًا قبلَ أنْ تَظهَرَ زيادةٌ في المالِ، فَلَمْ يَصِحَّ، ولِهذا لَمْ يَضْرِبْ إلَّا في الثُّلُث.

ألَا تَرَىٰ أنَّ ذلكَ العَيْنَ إذا هَلَكتْ بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ، وفي الدَّراهمِ المُرسَلةِ ونحوِها لَمْ تُلَاقِ الوَصِيَّةُ حَقَّ الوَرَثةِ ظاهرًا؛ لأنَّه وَقَعَ بمالٍ مُرسَلٍ، لَا بمَحَلٍّ بعينِه، ولِهذا إذا هَلَكتْ تَنفُذُ الوَصِيَّةُ فيما يُسْتفادُ بعدَ ذلكَ، فَلَمْ تكُنِ الوَصِيَّةُ مُتعلِّقةً بعَيْنِ ما تَعَلَّقَ به حَقُّ الورثةِ، وكانَتِ الوَصِيَّةُ في مَخْرَجِها صحيحةً، ولِهذا ضَرَبَ المُوصَىٰ له [في الثُّلُثِ][(١)] بما زادَ علىٰ الثُّلُثِ.

وقالَ في «التُّحفةِ»: «وأَجمَعُوا في خَمْسِ وَصايا أنَّه يَضْرِبُ بما سَمَّىٰ له، وإنْ جاوَزَ عنِ الثُّلُثِ: في العتقِ المُوقَعِ في المرضِ، وفي العتقِ المُعَلَّقِ بمَوْتِ المُوصِي، وهوَ التَّدْبِيرُ، والمُحاباةُ في المرضِ، وفي الوَصِيَّةِ بالإعتاقِ بعدَ الموتِ، وبالوَصِيَّةِ المُرسَلةِ، وهيَ الوَصِيَّةُ بشَيْءٍ بغيرِ عَيْنِه، ولَا يَكُونُ منسوبًا إلىٰ جُزْءٍ منَ المالِ نحو الوَصِيَّةِ لفُلانٍ بألْفِ دِرْهَمٍ»[(٢)].

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ أَوْصَىٰ بنَصِيبِ ابْنِهِ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ، وَإِنْ أَوْصَىٰ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ جَازَ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[(٣)].

---

(١) وقع في الأصل: «بالثلث»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٢١٠].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٢].

وَالثَّانِيَ وَصِيَّةٌ بِمِثْلِ نَصِيبِ الِابْنِ وَمِثْلُ الشَّيْءِ غَيْرُهُ وَإِنْ كَانَ يَتَقَدَّرُ بِهِ فَيَجُوزُ، وَقَالَ زُفَرُ: يَجُوزُ فِي الْأَوَّلِ أَيْضًا نظرا إِلَى الْحَالِ وَالْكُلُّ مَالُهُ فِيهِ..........

[٢٧٧/٨هـ/م] ورَوَى الحَسَنُ بنُ زيادٍ عنْ زُفَرَ ﷺ [أنه][1] إذا أَوْصَىٰ بنَصِيبِ ابنِه صَحَّ[2]. كذا في «شرحِ الأقطعِ».

ولنا: أنَّ نَصِيبَ الابنِ هوَ ما يَسْتَحِقُّه[3] منَ الإرْثِ، فكأنَّه أَوْصَىٰ له بما يَسْتَحِقُّه ابنُه بعدَ موتِه، فلَا يَصِحُّ، ولأنَّ الوَصِيَّةَ تَعلَّقَتْ بمِلْكِ الغَيْرِ، فلَا يَصِحُّ كما لو أَوْصَىٰ له بمالِ زيدٍ.

وَجهُ قولِ زُفَرَ ﷺ: أنَّه أَوْصَىٰ بما يَمْلِكُه في الحالِ، وإنَّما يَصِيرُ للابنِ في الثَّاني، وذلكَ لَا يَمْنَعُ صحَّةَ الوَصِيَّةِ، أَصْلُه: الوَصِيَّةُ بثُلُثِ المالِ، فأمَّا إذا أَوْصَىٰ بمِثْلِ نَصِيبِ ابنِه جازَ، ويَكُونُ ذلكَ وَصِيَّةً بنِصْفِ المالِ إذا[4] كانَ له ابنٌ واحِدٌ، فإنْ أجازَه جازَ، وإلَّا كانَ له الثُّلُثُ.

قالَ مالكٌ ﷺ: تَكُونُ وَصِيَّةً بجميعِ المالِ[5]. كذا في «شرحِ الأقطعِ» ﷺ.

وَجْهُ قولِهم: أنَّه أَوْصَىٰ له بمِثْلِ نَصِيبِ ابنِه، ومِثْلُ الشَّيْءِ غيرُه، فهذا يَقتَضِي إثباتَ النَّصِيبِ، وإثباتَ مِثْلِه للمُوصَىٰ له.

وَجْهُ قولِ مالكٍ ﷺ: أنَّ الابنَ يَستحِقُّ جَمِيعَ المالِ، ومِثْلُه هوَ الجميعُ، فكأنَّه أَوْصَىٰ له ابتداءً بجميعِ مالِه، فيَقِفُ علىٰ إجازةِ الوارِثِ.

وجملةُ القولِ [فيه: ما][6] قالَ الإمامُ الأَسْبِيجابِيُّ ﷺ: «لا يَخلُو: إمَّا أنْ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢ق/٤٠٠].

(٣) وقع في الأصل: «يستحق»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٤) وقع في الأصل: «وإذا»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٥) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢ق/٤٠٠].

(٦) وقع في الأصل: «فيما»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

....

غاية البيان

يُوصِيَ له بمِثْلِ نَصِيبِ ابنِه، أوْ بنصيبِ ابنٍ[1] كانَ له ابنٌ، أوْ لَمْ يَكُنْ، أوْ أَوْصَىٰ له بنصيبِ ابنٍ لوْ كانَ، أوْ بمِثْلِ نَصِيبِ ابنتِه لوْ كانَتْ، فلوْ أَوْصَىٰ له بنصيبِ ابنِه، أوْ بنصيبِ ابنتِه وله ابنٌ، أو ابنةٌ؛ فإنَّه لَا تَصِحُّ الوصيَّةُ؛ لأنَّ نَصِيبَ ابنِه، أو نَصِيبَ ابنتِه ثَبَتَ بنصِّ الكتابِ، فإذا أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بنصيبِ ابنِه؛ فقدْ أرادَ تغْيِيرَ ما فَرَضَ اللهُ تعالىٰ في كتابِه، فلَا يَصِحُّ.

ولوْ أَوْصَىٰ بنصيبِ ابنِه، أوْ بنصيبِ ابنتِه، وليسَ [٣/٥١٣ظ] له ابنٌ، ولَا ابنةٌ؛ فإنَّ الوَصِيَّةَ تَجُوزُ؛ لأنَّه ليسَ فيه تغْيِيرُ ما فَرَضَ اللهُ ﷻ في كتابِه، فلَا جَرَمَ يَصِحُّ.

ولوْ أَوْصَىٰ بمِثْلِ نَصِيبِ ابنِه، أو ابنتِه، وله ابنٌ، أو ابنةٌ؛ فإنَّه تَجُوزُ الوَصِيَّةُ؛ لأنَّ مِثْلَ الشَّيْءِ غيرُه لَا عَيْنُه، فيُقَدَّرُ نَصِيبُ الابنِ، ثُمَّ يُزَادُ عليه مِثْلُه، ثُمَّ يُعْطَىٰ للمُوصَىٰ له، وإنْ كانَ أكثرَ منَ الثُّلُثِ يَحْتَاجُ إلىٰ إجازةِ الورثةِ، وإنْ كانَ ثُلُثًا، أوْ أقلَّ منه؛ فإنَّه يَجُوزُ مِنْ غيرِ إجازةٍ، نحو[2] ما إذا أَوْصَىٰ بمِثْلِ نَصِيبِ ابنِه، وله ابنٌ واحِدٌ، صارَ مُوصًىٰ له بنِصْفِ جَمِيعِ المالِ؛ لأنَّ مِثْلَ الابنِ كالابنِ.

ولوْ [٨/٢٧٨و/م] كانَ له ابنانِ كانَ المالُ بينهما نِصْفينِ، كذلكَ هاهُنا يَكُونُ المالُ بينَهما نِصْفيْنِ، نِصْفٌ للابنِ، ونِصْفٌ للمُوصَىٰ له إنْ أجازَ الابنُ، وإنْ لَمْ يُجزِ الابنُ، فللمُوصَىٰ له الثُّلُثُ، وإنْ كانَ له ابنانِ؛ فالمالُ يَكُونُ بينهما أثلاثًا، ولَا يَحْتَاجُ إلىٰ الإجازةِ.

ولوْ أَوْصَىٰ بمِثْلِ نَصِيبِ ابنتِه وله ابنةٌ واحِدةٌ؛ يَكُونُ للمُوصَىٰ له نِصْفُ المالِ؛ لأنَّ نَصِيبَ ابنتِه نِصْفُ المالِ، فمِثْلُه يَكُونُ نِصْفَ المالِ أيضًا إنْ أجازَتِ

---

(١) رسمت في الأصل بما يشبه «ابنه» وما أثبتناه موافق لنسخة فيض الله رقم [٨٠٣] من «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجابِيُّ [ق/٣١٠].

(٢) وقع في الأصل: «ونحو»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَاه.

قَالَ: وَلَوْ أَوْصَىٰ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ؛ فَلَهُ أَخَسُّ سِهَامِ الْوَرَثَةِ إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ عَنِ السُّدُسِ، فَيَتِمُّ لَهُ السُّدُسُ، وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ، وَقَالَا: لَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِ الْوَرَثَةِ

الابنةُ، وإنْ لَمْ تُجِزْ فله الثُّلُثُ.

ولوْ كانَتْ له ابنتانِ ـ والمسألةُ بحالِها ـ كانَ للمُوصَىٰ له ثُلُثُ المالِ؛ لأنَّ للابنتَيْنِ ثُلُثَيِ المالِ، لِكُلِّ واحِدةٍ ثُلُثٌ، فمِثْلُ نَصِيبِ إحداهما يَكُونُ ثُلُثَه أيضًا، فالثُّلُثُ يَكُونُ للمُوصَىٰ له.

ولوْ أَوْصَىٰ بنَصِيبِ ابنٍ لوْ كانَ؛ فالجوابُ فيه كالجوابِ فيما إذا أَوْصَىٰ بنصيبِ ابنِه يُعْطَىٰ له نِصْفُ المالِ إنْ أجازَتِ الورثةُ، ولوْ أَوْصَىٰ له بمِثْلِ نَصِيبِ ابنٍ مَعدُومٍ؛ فلَا بُدَّ أنْ يُقَدَّرَ نَصِيبُ ذلكَ الابنِ حتَّىٰ يَكُونَ له مِثْلٌ، ونَصِيبُ ذلكَ الابنِ سَهْمٌ ومِثْلُه يَكُونُ سَهْمًا أيضًا، فقدْ أَوْصَىٰ له بسَهْمٍ منْ ثلاثةِ أَسْهُمٍ في الحاصلِ»[1]. كذا في «شرحِ الطَّحاوِيِّ» ﷺ.

قولُه: (فَنَظَرَ إِلَى الْحَالِ)، أَيْ: نَظَر زُفَرَ ﷺ إلىٰ حالِ الوَصِيَّةِ، لَا إلىٰ ما بعدَ الموتِ، والمالُ في حالِ الوَصِيَّةِ مالُ المُوصِي، فَلَمْ يكنْ وَصِيَّةً بمالِ الغَيْرِ.

قولُه: (وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا)، أشارَ به إلىٰ قَوْلِه: (لِأَنَّ نَصِيبَ الابْنِ ما يُصِيبُه بَعْدَ الْمَوْتِ)، فكانَ وَصِيَّةً بمالِ الغَيْرِ.

قولُه: (قَالَ: وَلَوْ أَوْصَىٰ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ؛ فَلَهُ أَخَسُّ سِهَامِ الْوَرَثَةِ إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ عَنِ السُّدُسِ، فَيَتِمُّ لَهُ السُّدُسُ، وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ)، أَيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»[2].

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسبيجابيِّ [ق/٣١٠].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٣].

وَلَا يُزَادُ عَلَىٰ الثُّلُثِ إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ) لِأَنَّ السَّهْمَ يُرَادُ بِهِ أَحَدَ سِهَامِ الْوَرَثَةِ عُرْفًا لَا سِيَّمَا فِي الْوَصِيَّةِ، وَالْأَقَلُّ مُتَيَقَّنٌ بِهِ فَيُصْرَفُ إِلَيْهِ، إِلَّا إِذَا زَادَ عَلَىٰ الثُّلُثِ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَا مَزِيدَ عَلَيْهِ عِنْدَ عَدَمِ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ.

غاية البيان

قالَ في «شرحِ الأقطعِ»: «هذا الَّذي ذكرَه قولُ أبي حَنِيفَةَ وزُفَرَ ﷺ.

وعنْ أبي حَنِيفَةَ روايةٌ أُخرَىٰ: أنَّ له أخَسَّ سِهامِ الوَرَثةِ إلَّا أنْ يَكُونَ أكثرَ منَ السُّدُسِ، فيَكُونُ له السُّدُسُ»(١).

وقالَ أبو يوسُفَ ﷺ ومُحمَّدٌ ﷺ: له أَقَلُّ سِهامِ الوَرَثةِ إلَّا أنْ يَكُونَ أكثرَ مِنَ الثُّلُثِ، فيَكُونُ له الثُّلُثُ.

وقالَ مُحمَّدٌ عنْ يَعْقُوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ قالَ: إذا أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بسَهْمٍ مِنْ مالِه، ثُمَّ يَمُوتُ؛ فله مِثْلُ نَصِيبِ أحدِ الوَرَثةِ إلَّا أنْ يَكُونَ ذلكَ أكثرَ منَ السُّدُسِ، فيَكُونُ له السُّدُسُ.

وقالَ أبو يوسُفَ ومُحمَّدٌ ﷺ: له مِثْلُ نَصِيبِ أحدِ [٨/٢٧٨ظ/م] الوَرَثةِ إلَّا أنْ يَكُونَ أكثرَ مِنَ الثُّلُثِ، ولَا يَجُوزُ له إلَّا الثُّلُثُ إلَّا أنْ يُسَلِّمَ الوَرَثةُ. إلىٰ هنا لفظُ [٣/٥١٤و] مُحمَّدٍ ﷺ في أصْلِ «الجامعِ الصغيرِ»(٢).

وقالَ القُدُورِيُّ ﷺ في كتابِ «التقريبِ»: «قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: إذا أَوْصَىٰ بسَهْمٍ مِن مالِه؛ فإنَّه يُزادُ علىٰ سِهامِ الوَرَثةِ أَخَسُّ أنْصِبائِهم، فيُعْطَىٰ المُوصَىٰ له ما لَمْ يُجاوِزِ السُّدُسَ، فإنْ جاوَزَه لَمْ يَزِدْ عليه. هذا روايةُ «الأصلِ»، وفي «الجامعِ الصغيرِ»: «ما لَمْ يَنْقُصْ مِنَ السُّدُسِ». إلىٰ هنا لفظُ «التقريبِ».

وقالَ الشيخُ أبو جعفرٍ الطَّحَاوِيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «ومَنْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٤٠٢].
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/٥٢١].

وَلَهُ أَنَّ السَّهْمَ هُوَ السُّدُسُ هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ - رضي الله عنه -، وَقَدْ رَفَعَهُ إِلَى النَّبِيِّ - صلى الله عليه وسلم - فِيمَا يُرْوَىٰ، وَلِأَنَّهُ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ السُّدُسُ[1]، مِنْ سِهَامِ

غاية البيان

بسَهْمٍ مِن مالِه؛ فإنَّ أبا حَنِيفَةَ رضي الله عنه كانَ يقولُ: إنْ كانَتِ الفريضةُ أَقَلَّ من سِتَّةِ أَسْهُمٍ؛ كانَ له [السُّدُسُ، وإنْ كانَتِ الفريضةُ أكثرَ من سِتَّةِ أَسْهُمٍ؛ كانَ له][2] كأَخَسِّ سِهامِ الوَرَثةِ.

وقالَ أبو يوسُفَ ومُحَمَّدٌ رحمهما الله: له مِثْلُ أَخَسِّ سِهامِ الوَرَثةِ في هذه[3] الوجوهِ كُلِّها ما لَمْ يُجاوِزْ ذلكَ الثُّلُثَ، فإنَّه إنْ جاوَزَ الثُّلُثَ جازَ له منه الثُّلُثُ، وَلَمْ يَجُزْ له سِواهُ».

قالَ أبو جَعْفرٍ رحمه الله: هوَ كما قالَ أبو يوسُفَ ومُحمَّدٌ» رحمهما الله[4]. [إلى هنا لفظُ الطَّحَاوِيِّ][5].

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيجابِيُّ في «شرحِ الطَّحاوِيِّ» رحمه الله: «ولوْ أَوْصَىٰ بسَهْمٍ مِنْ مالِه؛ فعندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: يُنْظَرُ إلى سُدُسِ جَمِيعِ المالِ، وإلى أَخَسِّ سِهامِ الوَرَثةِ أَيُّهما كانَ أقلَّ فله ذلكَ.

وبيانُ هذا: إذا كانَتِ الفريضةُ منْ أربعةٍ، أوْ مِنْ ثلاثةٍ؛ فالسُّدُسُ أقلُّ مِنْ أَخَسِّ سِهامِ الوَرَثةِ، فيُعطَىٰ إياه، ولوْ كانَتِ الفريضةُ أكثرَ منْ سِتَّةٍ، فلَا يُعطَىٰ له السُّدُسُ، وإنَّما يُعْطَىٰ له أَخَسُّ سِهامِ الوَرَثةِ.

(١) زاد بعده في (ط): «فإنَّ إيَاسًا قالَ: السَّهْمُ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ السُّدُسِ، ويذكر ويراد به سهم».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «غ»، وهو الموافق لِمَا وقع في: «مختصر الطحاوي».

(٣) وقع في الأصل: «فهذه»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر». وهو الموافق لما وقَع في: «مختصر الطحاوي».

(٤) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٥٧].

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

الْوَرَثَةِ فَيُعْطَى الأقل منها قَالُوا: هَذَا كَانَ فِي عُرْفِهِمْ، وَفِي عُرْفِنَا السَّهْمُ كَالْجُزْءِ.

وعندَ أبي يوسُفَ ومُحمَّدٍ: يُعْطَىٰ له أَخَسُّ سِهامِ الوَرَثةِ في الأحوالِ كُلِّها إلَّا إذا جاوزَ أَخَسَّ سِهامِ الثُّلُثِ؛ فحينئذٍ يُعْطَىٰ له الثُّلُثُ لَا الأَخَسُّ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ لَا تكُونُ أكثرَ منَ الثُّلُثِ.

وكذلكَ هذا الاختلافُ فيمَنْ أَقَرَّ بسَهْمٍ منْ دارِه لفُلانٍ، عندَ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: يَقَعُ ذلكَ علىٰ سُدُسِ دارِه، وعندَهما: البيانُ إلى المُقِرِّ، وكذلكَ لوْ أعتقَ سَهْمًا مِنْ عبْدِه، عندَ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: يَعتِقُ سُدسُه، وعندَهما: يَعتِقُ كُلُّه؛ لأنَّ العِتْقَ عندَهما لَا يَتجَزَّأُ»[1]. كذا في «شرحِ الطَّحاوِيِّ» رحمه الله.

قالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ رحمه الله في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «وحاصلُه: أنَّ السَّهْمَ اسمُ السُّدُسِ عندَ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله، وعندَهما: اسمٌ للجُزْءِ مِنْ حِصَّةِ الوَرَثةِ مِنْ غيرِ تقديرٍ بالسُّدُسِ، فقدْ أَجمَعُوا أنَّه مِنْ جُمْلةِ [٢٧٩/٨و/م] ما يَجِبُ للورثةِ؛ لأنَّ السَّهْمَ اسمٌ لِمَا يَجِبُ لِلوَرَثةِ بالإجماعِ، ثُمَّ اختلفُوا بعدَ ذلكَ في التَّقديرِ.

فقالَ أبو حَنِيفَةَ رحمه الله: هوَ مُقَدَّرٌ بالسُّدُسِ، وقالَا: ليسَ بمُقَدَّرٍ [به][2]، فلَمَّا كانَ مُقدَّرًا به عندَ أبي حَنِيفَةَ؛ تَناولَتِ الوَصِيَّةُ مِثْلَ حَقِّ أحدِهم، لكنَّه لَا يُزادُ علىٰ السُّدُسِ؛ لأنَّا قدْ عَلِمْنا أنَّه لَا يَتناوَلُ الزِّيادةَ، وقدْ يَتَناوُلُ الأقلَّ». إلىٰ هنا لفظُ فَخْرِ الإسلامِ رحمه الله.

وجْهُ قَوْلِهما: أنَّ الوَصِيَّةَ أُختُ الميراثِ، ثُمَّ الميراثُ مَخْصوصٌ بسِهامِ المَوارِيثِ، فكذا الوَصِيَّةُ تَنصَرِفُ إلىٰ السَّهْمِ المعروفِ في الميراثِ، لكنَّ الأَقَلَّ يَتَعَيَّنُ مُرادًا لكونِه يقينًا إلَّا أنْ يَزِيدَ أَقَلُّ الأنصباءِ علىٰ الثُّلُثِ، مِثْلُ رَجُلٍ هَلَكَ وتَرَك

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجابِيِّ [ق/٣١٠].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«قا٢»، و«م»، و«ر».

....

أُخْتًا وعمًّا، ومِثْلُ امرأةٍ تركَتْ زَوْجًا وأُخْتًا، وأَوْصَىٰ أحدُهما لرَجُلٍ بسَهْمٍ مِنْ مالِه، فيكُونُ مُوصيًا بالنِّصْفِ، فلَا يَسْلَمُ الفَضْلُ علىٰ الثُّلُثِ إلَّا بالإجازةِ.

ولأبي حَنِيفَة ﵀: ما رَوَىٰ مُحمَّدٌ ﵀ في «الأَصْل»: عنْ عبدِ الله بنِ مسعودٍ ﵁: أنَّه سُئِلَ عنْ [٣/٥١٤ظ] رَجُلٍ أَوْصَىٰ بسَهْمٍ مِنْ مالِه، فقالَ: له السُّدُسُ[1].

وقالَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ ﵀: «رُوِيَ عنْ إياسِ بنِ مُعاويةَ بنِ قُرَّةَ ﵀: أنَّه قال: السَّهْمُ في كلامِ العربِ هوَ السُّدُسُ»[2]. ذكرَه في كتابِ «نُكَتِ الوصايا».

ولأنَّ السَهْمَ لَمَّا رَجَعَ إلىٰ ما يَسْتحِقُّه أصحابُ الفرائضِ؛ وَجَبَ صَرْفُه إلىٰ أَعدَلِ الأعدادِ مَخْرَجًا، وهوَ السِّتَّةُ.

وهذا لأنَّ الأعدادَ ثلاثةُ أنواعٍ: زائدٌ، وناقصٌ، ومُعتدِلٌ، فالزائدُ الَّذي تَزِيدُ أجزاؤُه علىٰ جُمْلتِه، والناقِصُ الَّذي تَنْقُصُ أجزاؤُه عنْ جُمْلتِه، والمُعتدِلُ الَّذي لا تَزِيدُ أجزاؤُه ولَا يَنقِصُ عنْ جُمْلتِه.

ونظيرُ الأَوَّلِ: الأربعةُ والعشرونَ، ونظيرُ الثَّاني: الثمانيةُ، وأجزاؤُها الثُّمُنُ والنِّصْفُ، والاثْنَا عَشَر يُخالِفُ أَصْلَه أيضًا؛ لأنَّ نِصْفَه ورُبْعَه وسُدُسَه يَنقُصُ عنْ أَصْلِه، ونِصْفُه ورُبْعُه وثُلُثُه يَزِيدُ عليه.

وأمَّا السِّتَّةُ: فإنَّما يَخرُجُ منها النِّصْفُ، والثُّلُثُ، والسُّدُسُ، وجُمْلتُه مِثْلُ أَصْلِه لَا يَزِيدُ ولَا يَنقُصُ، فلِذلكَ صارَ أعدلَ، ووَجَبَ أَقَلُّ أجزائِها وهوَ السُّدُسُ.

---

(١) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/ ٣٠٨٠١]، ومحمد بن الحسن في: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٥/٤٢٦ - ٤٢٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. من طريق هُزَيل عن عبد الله بن مسعود ﵁ به.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٤/١٦٤]، و«الإشراف على مذاهب العلماء» لابن المنذر [٤/٤٢٨].

. . . .

غاية البيان

وأوردَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ رحمه الله في كتابِ «نُكَتِ الوصايا» سُؤالًا وجَوابًا فقالَ:

فإنْ قيلَ: إذا كانَ أحدُ سِهامِ المواريثِ أقَلَّ منَ السُّدُسِ؛ لِمَ لَا يُعْطَىٰ له السُّدُس أيضًا.

قيلَ له: لأنَّه احتَمَلَ أنَّ المُوصِيَ أرادَ بالسَّهْمِ أحدَ سِهامِ الوَرثةِ، واحْتَمَلَ [٢٧٩/٨/م] أنَّه أرادَ به السَّهْمَ الَّذي هوَ معروفٌ عندَ أهلِ اللُّغةِ، ثُمَّ في الأقلِّ إحاطةٌ ويَقِينٌ، وفي الأكثرِ شَكٌّ، فيُعْطَىٰ له الأقلُّ ما لَمْ يَتَبَيَّنِ الأكثرُ، فإنْ كانَ السُّدُسُ هوَ الأقلَّ؛ صارَ كأنَّه أوْصَىٰ له بالسُّدُسِ؛ لأنَّ ذلكَ المقدارَ مُتيَقَّنٌ فيه، وإنْ كانَ أحدُ سِهامِ الوَرَثةِ أقَلَّ؛ ففي الأقَلِّ إحاطةٌ ويَقِينٌ، وصارَ كأنَّه أوْصَىٰ[1] له بذلكَ المِقْدارُ».

قالُوا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ»: وهذا في عُرْفِهم، أمَّا في عُرْفِنا: فالسَّهْمُ والجزءُ سَواءٌ؛ لأنَّه لَا يُرَادُ به نَصِيبُ أحدِ الوَرَثةِ ولَا السُّدُسُ.

قولُه: (فَإِنَّ إِيَاسًا قَالَ: السَّهْمُ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ السُّدُسِ).

هو إياسُ بنُ معاويةَ بنِ قُرَّةَ، وبه صرَّحَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ رحمه الله في كتابِ «نُكَتِ الوصايا»، والقُدُورِيُّ في «التقريبِ»، وفخرُ الإسلامِ في «شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ» رحمهم الله.

وكانَ إياسُ بنُ معاويةَ بنِ قُرَّةَ [بنِ إياسٍ][2]، وَلَّاهُ عُمَرُ بنُ عبدِ العزيزِ رضي الله عنهما قضاءَ البصرةِ، وماتَ سنةَ اثنينِ وعشرينَ ومئةٍ، وكانَ لإياسٍ جَدُّ أبيه صحبةٌ. كذا ذَكَرَه القُتَبِيُّ[3]، وهوَ مِنْ كبارِ التَّابعينَ رحمهم الله، وهوَ المشهورُ بالزَّكَنِ[4] في المَثَلِ

---

(١) وقع في الأصل: «أقر»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٣) ينظر: «المعارف» لابن قتيبة [ص/ ٤٦٧].

(٤) الزَّكَنُ: الفِطْنَةُ. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٣٦٦/١].

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ قِيلَ لِلْوَرَثَةِ: أَعْطُوهُ مَا شِئْتُمْ؛ لأنه يَتَنَاوَلُ الْقَلِيلَ وَالْكَثِيرَ، غَيْرَ أَنَّ الْجَهَالَةَ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ وَالْوَرَثَةُ قَائِمُونَ مَقَامَ الْمُوصِي فَإِلَيْهِمُ الْبَيَانُ.

غاية البيان

السائرِ في قولِهم: «أَزْكَنُ مِنْ إياسٍ». وذلكَ معروفٌ في كُتبِ الأمثالِ كـ«المُستقصى»[1] وغيرِه، وقدْ كَسَرَ[2] المَدائنيُّ[3] على نوادرِه كتابًا سمَّاه: كتاب «زَكَنِ إياسٍ»[4].

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ قِيلَ لِلْوَرَثَةِ: أَعْطُوهُ مَا شِئْتُمْ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[5]، وذلكَ لأنَّ الجُزْءَ اسمٌ عامٌّ يَقَعُ على القليلِ والكثيرِ، فكانَ المرادُ منه مجهولًا، ولكنَّ الجهالةَ في الوَصِيَّةِ لا تَمْنَعُ صحتَها، والوَرَثةُ قائِمُونَ مَقامَ المُوصِي[6]، فأُقِيمَ بيانُهم مَقامَ بيانِه، فكانَ لهم أن يُعْطُوا ما شاءُوا.

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ رحمه الله في كتابِ «نُكَتِ الوصايا»: «وإذا أَوْصَى بجُزْءٍ [من مالِه][7]، أو بطائفةٍ [٣/١٥٥و] منْ مالِه، أو ببعضٍ مِنْ مالِه، أوْ بشِقْصٍ منْ مالِه؛ فلِلوَرَثةِ أنْ يُعطُوا ما شاءُوا؛ لأنَّ هذا اللَّفْظَ يَصلُحُ للقليلِ والكثيرِ؛ لأنَّه يُقالُ: جُزْءٌ مِنْ عشرةٍ، وجُزْءٌ مِنْ مئةٍ، وجُزْءٌ مِنْ ثلاثةٍ، فإذا لَمْ يَقَعْ على شَيْءٍ معلومٍ؛ فالبيانُ إلى

(١) ينظر: «المستقصى من كلام العرب» للزمخشري [١٤٨/١].

(٢) وقع في الأصل: «كتب»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر»؛ وهو الموافق لما وقع في «المستقصى من كلام العرب».
والمراد بالكسر هنا: الجَمْع والضَّمّ، وأصْلُهن: كَسَرَ الطائر جناحَيْه كَسْرًا، إذا ضمَّهما وهو يريد الوقوع. ينظر: «مقاييس اللغة» لابن فارس [١٨٠/٥].

(٣) المَدائنيُّ: هو عليّ بن محمد بن عبد الله، أبو الحسن المدائنيّ، الرّاوية المُؤرّخ، وقد تقدَّمت ترجمته.

(٤) ينظر: «كشف الظنون» لحاجي خليفة [٩٥٥/٢]، و«تاريخ التراث العربي» لفؤاد سزكين [١٤٠/٢].

(٥) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٤٣].

(٦) وقع في الأصل: «الوصي»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٧) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

. . . .

غاية البيان

الورثةِ، وكذلكَ إذا أَوْصَى بحَظٍّ مِنْ مالِه»، وبه صرَّحَ الطَّحَاوِيُّ رحمه الله في «مختصرِه».

وقالَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ رحمه الله: «وإذا أَوْصَى بسَهْمٍ مِنْ مالِه، وله ابنتانِ وامرأةٌ وأبوانِ، فله ثلاثةُ أَسْهُمٍ مِنْ ثلاثينَ سَهْمًا؛ لأنَّ الميراثَ يَصِيرُ على سبعةٍ وعشرينَ سَهْمًا، للبنتَيْنِ: الثُّلُثانِ سِتَّةَ عَشَرَ، وللأَبَوَيْنِ: السُّدُسانِ ثمانيةٌ، وللمرأةِ [٨/ـ[1] د/م] الثُّمُنُ ثلاثةٌ، فَعَالَتْ بثلاثةِ أَسْهُمٍ، فيُزادُ على ذلكَ مِثْلُ أقلِّ سِهامِ الوَرَثةِ، وأقلُّ سِهامِهم سَهْمُ المرأةِ، فيُزادُ على سبعةٍ وعشرينَ مِثْلُ سَهْمِها ثلاثةٌ، فيَصِيرُ ثلاثينَ، وهذا في قولِهم جَمِيعًا، وإنَّما يَظْهَرُ الاختلافُ إذا زادَ نَصِيبُ المُوصَى له على السُّدُسِ». كذا في [كتابِ][2] «نُكَتِ الوصايا».

وقالَ الفقيهُ [أبو اللَّيْثِ][3] رحمه الله أيضًا: «فلوْ كانَ له عشرةُ بَنِينَ وعشرُ بناتٍ؛ فله سَهْمٌ واحدٌ مِنْ أحدٍ وثلاثينَ؛ لأنَّ لكلِّ ابنٍ سَهْمَيْنِ عشرونَ، ولكلِّ ابنةٍ سَهْمٌ عشرةٌ، فذلكَ ثلاثونَ، ويُزادُ على ذلكَ مِثْلُ سَهْمِ إحدى البناتِ، فيَصِيرُ أحدًا وثلاثينَ سهمًا».

وقالَ أيضًا: «ولوْ ماتَتِ امرأةٌ ولها ابْنَتانِ وأَبَوانِ وزَوْجٌ، وأَوْصَتْ بسَهْمٍ مِنْ مالِها؛ فالميراثُ على خمسةَ عشرَ، للبِنْتَيْنِ ثمانيةٌ، وللأَبَوَيْنِ أربعةٌ، وللزَّوْجِ ثلاثةٌ، ثُمَّ يُزادُ على ذلكَ أقلُّ سِهامِ الوَرَثةِ، وهوَ سَهْمُ أحدِ الأبوَيْنِ، وهوَ سَهْمانِ فذلكَ سبعةَ عشرَ، وفي «الكتابِ»[4] خَرَّجَه[5] على النِّصْفِ، وهوَ ثمانيةُ أَسْهُمٍ ونِصْفٌ».

---

(١) سقط الترقيم الداخلي لهذه اللوحة، وأثبت في التي تليها.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٤) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٥/٥٣٦/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٥) وقع في الأصل: «خرجته»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَمَنْ قَالَ: سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ، ثُمَّ قَالَ فِي ذَلِكَ الْمَجْلِسِ، أَوْ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ: لَهُ ثُلُثُ مَالِي، وَأَجَازَتِ الْوَرَثَةُ؛ فَلَهُ ثُلُثُ الْمَالِ، وَيَدْخُلُ السُّدُسُ فِيهِ. وَمَنْ قَالَ: سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ، ثُمَّ قَالَ فِي ذَلِكَ الْمَجْلِسِ [٢٨٧/ط] أَوْ فِي غَيْرِهِ: سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ؛ فَلَهُ سُدُسٌ وَاحِدٌ؛ لِأَنَّ السُّدُسَ ذُكِرَ مُعَرَّفًا بِالْإِضَافَةِ إِلَى الْمَالِ، وَالْمَعْرِفَةُ إِذَا أُعِيدَتْ يُرَادُ بِالثَّانِي عَيْنَ الْأَوَّلِ هُوَ الْمَعْهُودُ فِي اللُّغَةِ.

غاية البيان

وقالَ أيضًا: «ولوْ تركَتْ زوجًا وأخوَيْنِ، فللزوجِ النِّصْفُ، وللأخوَيْنِ النِّصْفُ، فاجعلِ الميراثَ منْ أربعةٍ: للزوجِ النِّصْفُ سَهْمان، ولكلِّ أخٍ سَهْمٌ، ثُمَّ يُزَادُ عليه مِثْلُ نَصِيبِ [أحدِ][1] الأخوَيْنِ سَهْمًا واحدًا، فيَصِيرُ للمُوصَىٰ له الخُمسُ، وهذا قولُ أبي يوسُفَ ومحمَّدٍ ﷺ، وأما أبو حَنيفةَ ﷺ فلَا يَزِيدُه علىٰ السُّدُسِ».

قولُه: (وَمَنْ قَالَ: سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ، ثُمَّ قَالَ فِي ذَلِكَ الْمَجْلِسِ، أَوْ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ: لَهُ ثُلُثُ مَالِي، وَأَجَازَتِ الْوَرَثَةُ؛ فَلَهُ ثُلُثُ الْمَالِ، وَيَدْخُلُ السُّدُسُ فِيهِ، وَمَنْ قَالَ: سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ، ثُمَّ قَالَ فِي ذَلِكَ الْمَجْلِسِ أَوْ فِي غَيْرِهِ: سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ؛ فَلَهُ سُدُسٌ وَاحِدٌ).

ولَفْظ مُحمَّدٍ في أصلِ «**الجامع الصغيرِ**»: «عنْ يَعْقُوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ في الرَّجُلِ يقولُ: سُدُس مالي لفُلانٍ وَصِيةً، ثُمَّ قالَ في مجلسِه: سُدُسُ مالي لفُلانٍ، قالَ: ليسَ له إلا سُدُسٌ واحدٌ، وكذلكَ إنْ قالَ في مجلسَيْنِ مختلفَيْنِ، فإنْ قالَ: سُدُسُ مالي لفُلانٍ وصيَّةً، ثُمَّ قالَ في ذلكَ المجلسِ: ثُلُثُ مالي لفُلانٍ وَصِيَّةً، فأجازَ الوَرَثةُ ذلكَ، فله الثُّلُثُ خاصَّةً ليسَ له غيرُه، وكذلكَ إنْ قالَ: هذا في [٥١٥/٣ط] مجلسَيْنِ مختلفَيْنِ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ مُحمَّدٍ ﷺ. وهذه مِنَ الخَواصِّ.

والمرادُ مِنْ «فُلانٍ» في الكرَّةِ الثَّانيةِ: هوَ «فُلانٌ» في الكرَّةِ الأُولىٰ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢١].

. . . .

والأصلُ في [٢٧٩/٨ظ/م] ذلكَ: أنَّ المعرفةَ إذا أُعِيدَتْ معرفةً، أو النَّكِرةَ إذا أُعِيدَتْ مَعرِفةً؛ كانَ الثَّاني عَيْنَ الأَوَّلِ، والنَّكِرةُ إذا أُعِيدَتْ نكِرةً؛ كانَتِ الثَّانيةُ غيرَ الأُولَىٰ، وهوَ الأَصْلُ إلَّا إذا دَلَّ الدليلُ علىٰ خلافِه، ألا تَرَىٰ إلىٰ قَوْلِه تعالىٰ: ﴿كَمَآ أَرۡسَلۡنَآ إِلَىٰ فِرۡعَوۡنَ رَسُولٗا ۝ فَعَصَىٰ فِرۡعَوۡنُ ٱلرَّسُولَ﴾ [المزمل: ١٥ - ١٦]، وقالَ تعالىٰ: ﴿لَّوۡلَا جَآءُو عَلَيۡهِ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَۚ فَإِذۡ لَمۡ يَأۡتُواْ بِٱلشُّهَدَآءِ﴾ [النور: ١٣].

وقد رُوِيَ عنِ ابنِ عبَّاسٍ ﷺ في قَوْله تعالىٰ: ﴿فَإِنَّ مَعَ ٱلۡعُسۡرِ يُسۡرًا ۝ إِنَّ مَعَ ٱلۡعُسۡرِ يُسۡرٗا﴾ [الشرح: ٥ - ٦]، لَنْ يَغلِبَ عُسْرٌ [واحِدٌ](١) يُسْرَيْنِ(٢).

ثُمَّ فيما نحنُ فيه: لَمَّا عَرَّفَ السُّدُسَ بالإضافةِ، ثُمَّ أعادَه بالإضافةِ أيضًا؛ كانَ الثَّاني عَيْنَ الأوَّلِ؛ لأنَّه أُعِيدَ معرفةً، وهذا لَا يُشْكِلُ إذا قالَ ذلكَ في مَجلِسٍ واحِدٍ: إنَّ له سُدُسًا واحِدًا؛ لأنَّ الكلامَ الثَّانيَ خَرَجَ مَخْرَجَ التَّكرارِ.

أَلَا تَرَىٰ أنَّ رجلًا لو أَقَرَّ لِرَجُلٍ بمئةِ دِرْهَمٍ في مجلسٍ واحدٍ مرارًا؛ لَا يَجِبُ عليه إلا مئةٌ واحدةٌ، فكذلكَ هاهُنا.

فإنْ قِيلَ: ما الفرقُ بينَ هذا وبينَ رَجُلٍ طَلَّقَ امرأتَه في مجلسٍ واحدٍ مِرارًا؛ يَقَعُ عليها بكُلِّ قولٍ تَطْلِيقةٌ.

قيلَ: الفرقُ بينهما: أنَّ الطلاقَ ابتداءُ الإيقاعِ، والإيقاعُ الثَّاني غيرُ الأوَّلِ، وأمَّا الإقرارُ: فهوَ خبَرٌ يَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ به إقرارًا آخرَ، ويَحتَمِلُ أنَّه أرادَ الإقرارَ الأوَّلَ، والإقرارُ الأولُ له سَبَبٌ قائمٌ، فيُصْرَفُ إليه.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) قال الزيلعيّ: «مَوْقُوفُ ابْنِ عَبَّاس غَرِيب»، وتعقَّبه ابنُ قُطْلوبغا بقوله: «ومرادُه أنّه تتبَّع مَظانَّه فلَمْ يَجِده، لكنّه رُوِيَ مِن وجه آخر مرفوعًا وموقوفًا..»، ينظر: «تخريج أحاديث الكشاف» للزيلعي [٢٣٥/٤]، و«تخريج أحاديث أصول البزدوي» لابن قطلوبغا [ص/٧٠].

....

وقياسُ هذا: أنَّ المُطْلَقَ لوْ أقرَّ في مجلسٍ واحدٍ مِرارًا أنّه طَلَّقَ زوْجتَه أمس؛ لَا يكونُ إلَّا تَطليقةً واحدةً، فكذلكَ حالُ الإقرارِ والوصيّة، وأمّا إذا أقرَّ بالسُّدُسِ في مجلسَيْنِ مختلفَيْنِ؛ لَا يَكُونُ إلا سُدُسٌ واحدٌ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ وجوبُها بعدَ الموتِ.

أَلَا تَرَىٰ أنَّ قَبولَ الوَصِيَّةِ وردَّها لَا يُعْتَبَرُ حالَ حياةِ المُوصِي، وإنَّما يُعْتَبرانِ بعدَ موتِه، وإذا ثَبتَ أنَّ وُجوبَ الوَصِيَّةِ بعدَ الموتِ يَسْتَوِي فيه المجلسُ وغيرُ المجلسِ.

وأمّا إذا أَوْصَىٰ له بالسُّدُسِ، ثُمَّ الثُّلُثِ؛ يَكُونُ له الثُّلُثُ فحَسْبُ؛ لأنَّ الثُّلُثَ مُتَضمِّنٌ للسُّدُسِ، فيُحْمَلُ على أنّه زادَ في وَصِيَّتِه على السُّدُسِ.

فَإِنْ قُلْتَ: يَرِدُ عليكم ما ذَكَرْتُمْ مِنَ الأَصْلِ - في إعادةِ الكلمةِ مُعرَّفةً، أوْ مُنكَّرةً - قَوْلُه تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَـٰبَ بِٱلْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلْكِتَـٰبِ﴾ [المائدة: ٤٨]. لأنَّ المرادَ مِنَ الكتابِ الأوّلِ: [القرآنُ][1]، ومِنَ الثّاني: غيرُ القرآنِ مِنَ التَّوراةِ وغيرِها، فتَناقَضَ قولُكم: إنَّ المعرفةَ [٨/٢٨٠م] إذا أُعِيدَتْ معرفةً كانَتِ الثّانيةُ عَيْنَ الأُولىٰ.

وكذا قَوْلُه تعالىٰ في سُورةِ الرُّومِ: ﴿ٱللَّهُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنۢ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنۢ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً﴾ [الروم: ٥٤]؛ لأنَّ المرادَ مِنَ الضَّعْفِ الثّاني هوَ المرادُ مِنَ الضَّعْفِ الأوّلِ، وهوَ ضَعْفُ الطُّفوليّةِ، وكذا المرادُ مِنَ القوّةِ الثّانيةِ هوَ المرادُ مِنَ القوّةِ الأُولىٰ، وهيَ قوّةُ الشَّبيبةِ، فتَناقَضَ قولُكم: إنَّ[2] النَّكرةَ إذا أُعِيدَتْ نكرة كانَتِ الثانيةُ غَيْرَ[3] الأُولَىٰ؟

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) وقع في الأصل: «لأن»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٣) وقع في الأصل: «عين غير»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

. . . .

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ التَّناقضَ [٣/٥١٦و]؛ لأنَّا قُلْنا: الأَصْلُ ما قُلْنا، ونحنُ على ذلكَ لِمَا بَيَّنَّا منَ الدليلِ، ولكنِ الأَصْلُ قدْ يُتْرَكُ إذا دلَّ الدليلُ على خِلافِه.

أَلَا تَرَىٰ أنَّ الحقيقةَ تُتْرَكُ وإنْ كانَتْ أصلًا إذا دلَّ دليلُ المجازِ، وفي الآيَتَيْنِ الواردتَيْنِ قدْ دلَّ الدليلُ على تَرْكِ ما قُلْنا منَ الأَصْلِ؛ لأنَّه لوْ كانَ المرادُ منَ الكتابِ الثَّاني هوَ الأوَّلُ؛ لكانَ المُصَدِّقُ والمُصَدَّقُ واحِدًا، وذلكَ لَا يَجُوزُ، وفي الآيةِ دليلٌ على أنَّهما غَيْرانِ؛ لأنَّه تعالَىٰ قالَ: و﴿مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلْكِتَٰبِ﴾ [المائدة: ٤٨]، فلوْ كانَ الكتابانِ واحِدًا لقالَ: مُصدِّقًا لنفسِه.

وكذا في الآيةِ الثَّانيةِ دلَّ الدليلُ على تَرْكِ ذلكَ الأَصْلِ؛ لأنَّه لَا يُشْتَبَهُ على مَنْ له أدنىٰ لُبٍّ أنَّ الآيةَ نَطَقَتْ بكَمالِ قُدرةِ اللهِ تَعالىٰ على تَحْويلِه الإنسانَ مِنْ حالٍ إلىٰ حالٍ، مِنْ ضَعْفٍ إلىٰ قُوَّةٍ، ومِنْ قُوَّةٍ إلىٰ ضَعْفٍ، والضَّعْفُ الَّذي قبْلَ قُوَّةِ الشَّبيبةِ هوَ ضَعْفُ الطفوليَّةِ، فكانَ المرادُ منَ الضَّعفِ الثَّاني هوَ الأوَّلَ، والقوةُ الَّتي قبلَ ضَعْفِ الشَّيْخوخةِ والهَرَمِ: هيَ قوّةُ الشَّبابِ، فكانَ المرادُ منَ القُوَّةِ الثَّانيةِ هيَ الأُولَىٰ.

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ رحمه الله **في كتابِ «نُكَتِ الوصايا»**: «وإذا قالَ الرَّجُلُ: «ثُلُثُ دارِي لفُلانٍ»، أو «سُدُسُ داري لفُلانٍ»، أوْ «رُبُع داري لفُلانٍ»، ثُمَّ ماتَ؛ كانَ يَنْبَغِي في القِياسِ أنْ يكونَ هذا باطِلًا.

وفي الاستحسانِ: يَجُوزُ، ويَكُونُ وصيةً، يَعْنِي: يَكُونُ وصيةً بلا ذِكْرِ الوَصِيَّةِ إذا كانَ القولُ في المرضِ.

وجهُ القياسِ: أنَّ ظاهرَ كلامِه الهِبَةِ، والهِبَةُ لَا تَصِحُّ إلا بالقبضِ، ألَا تَرَىٰ أنَّه لوْ قالَ: «عبدي هذا لفُلانٍ»؛ كانَ ذلكَ هبةً، ولَا يَجُوزُ إلَّا بالقبضِ، فكذلكَ هاهُنا.

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ بِثُلْثِ دَرَاهِمِهِ، أَوْ بِثُلْثِ غَنمِه، فَهلكَ ثُلُثَا ذلكَ، وبقِيَ ثُلُثُهُ، وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ؛ فَلَهُ جَمِيعُ ما بَقِيَ.

ووجهُ الاستحسانِ: أنَّ ذِكْرَ الثُّلُثِ والرُّبُعِ يَجْرِي في بابِ الوَصِيَّةِ، والحالُ حالُ الوَصِيَّةِ إذا كانَ الرجلُ مريضًا، وإنْ [٨/٢٨٠ظ/م] كانَ الحالُ حالَ الوَصِيَّةِ؛ صُرِفَ كلامُه إلى الوَصِيَّةِ تَحَرِّيًا لصحَّةِ كلامِه.

ولوْ قالَ: «عبْدي هذا لفُلانٍ»، أوْ «دارِي هذه لفُلانٍ»؛ فهذا هَبَةٌ، لا يُحمَلُ على الوَصِيَّةِ إلَّا أنْ يَذْكُرَ الوَصِيَّةَ، ويُؤخَذُ فيه بالقياسِ؛ لأنَّه ليسَ في كلامِه دليلُ الوَصِيَّةِ».

وقالَ الفقيهُ أبو الليثِ أيضًا: «إذا قالَ: «لفُلانٍ سُدُسٌ في داري»، أو «رُبُعٌ في داري»، أو «بيتٌ في داري»، أوْ «ألفُ دِرْهَمٍ في مالي»، فهذا إقرارٌ؛ لأنَّه أقرَّ له بالشَّركةِ.

ولوْ قالَ: «ألفُ دِرْهَمٍ مِنْ مالي»، أوْ «بيتٌ مِنْ[1] داري» يكُونُ هبةً؛ لأنَّ «مِنْ» كلمةُ إبانةٍ، فإذا أبانَ وسُلِّمَ إليه جازَ، وإنْ لَمْ يُسَلِّمْ إليه لَمْ يَجُزْ.

وإنْ كانَ هذا القولُ على أثرِ الوَصِيَّةِ؛ يَكُونُ وَصِيَّةً في الاستحسانِ، وليسَ كقولِه: «في داري»؛ لأنَّه إذا قالَ: مِنْ داري، فقدْ أضافَ جَمِيعَ الدَّارِ إلى نفسِه، فلَا يَصْلُحُ أنْ يَكُونَ إقرارًا.

وإذا قالَ: «بيتٌ في داري»، فظاهرٌ إقرارُه للشركةِ، فيُصْرَفُ كلامُه للشركةِ». كذا في «نُكَتِ الوصايا»، وإنَّما كَتَبْتُ هذه المسائلَ تَكْثِيرًا للفوائدِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ دَرَاهِمِهِ، أَوْ بِثُلْثِ غَنمِه، فَهلَكَ ثُلُثَا ذلكَ، وَبَقِيَ ثُلُثُهُ، وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ؛ فَلَهُ جَمِيعُ ما بَقِيَ)، أيْ: قالَ

(١) وقع في الأصل: «في»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَقَالَ زُفَرُ: لَهُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ وَالْمَالُ الْمُشْتَرَكُ يُتْوَىٰ مَا تُوِيَ[1] مِنْهُ عَلَى الشَّرِكَةِ وَيَبْقَىٰ مَا بَقِيَ عَلَيْهَا وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَتِ التَّرِكَةُ أَجْنَاسًا مُخْتَلِفَةً.

غاية البيان

القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[2].

ومعنىٰ قَوْلِه: (وَهُوَ يَخرُجُ مِنْ ثُلُثِ [٣/٥١٦ظ] مَالِه)، أَيْ: الثُّلُثِ الباقي بعدَ هَلاكِ الثُّلُثَيْنِ يَخْرُجُ مِنْ [ثُلُثِ][3] بقيَّةِ مالِ المُوصِي.

وقالَ مُحمَّدٌ رحمه الله في «الجامعِ الصغيرِ»: «عنْ يَعْقُوبَ عنْ أبي حَنيفَةَ رضي الله عنه: في الرَّجُلِ يُوصِي للرَّجُلِ بثُلُثِ ثلاثةِ دراهمَ، فيَهلَكُ دِرْهمانِ منْ تلكَ الدَّراهمِ، وبَقِيَ دِرهمٌ، وذلكَ الدِّرهَمُ يَخرُجُ منَ الثُّلُثِ، قالَ: يَكُونُ له الدِّرهمُ كلُّه.

وكذلكَ إذا أَوْصَىٰ بثُلُث[4] ثِيابٍ له منْ صِنْفٍ واحِدٍ، فهَلَكَ ثُلُثاها، وبَقِيَ الثُّلُثُ، فله ثُلُثُ الباقي كُلِّه، وإنْ أَوْصَىٰ بثُلُثِ ثلاثةٍ مِنْ رَقِيقِه، فهلكَ اثنانِ، وبَقِيَ واحِدٌ؛ لَمْ يَكُنْ له إلَّا ثُلُثه، وكذلكَ الدُّورُ المُختلِفةُ»[5]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصَّغيرِ».

وقالَ زُفَرُ رحمه الله: للمُوصَىٰ له ثُلُثُ الدِّرْهَمِ الباقي لَا غَيْرَ، وعلىٰ هذا الاختلافِ كُلُّ ما كانَ من جِنْسٍ واحدٍ، كما لوْ كانَ له ثلاثةُ أثوابٍ منْ صِنْفٍ واحدٍ، فأَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بثُلُثِ هذه الأثوابِ الثَّلاثةِ، أوْ كانَ له شِياهٌ، فأَوْصَىٰ بثُلُثِها لِرَجُلٍ، فهَلَكَ اثْنانِ، وبَقِيَ واحِدٌ، فعندَنا: للمُوصَىٰ له جَمِيعُ الثَّوبِ الباقي، وجميعُ الشَّاةِ الباقيةِ.

---

(١) يشبه في الأصل: «ينوي ما نوىٰ».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٤].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٤) وقع في الأصل: «بثلاث»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٥) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٤].

وَلَنَا أَنَّ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ يُمْكِنُ جَمِيعُ حَقِّ أَحَدِهِمْ فِي الْوَاحِدِ وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهِ الْجَبْرُ عَلَى الْقِسْمَةِ وَفِيهِ جَمْعٌ وَالْوَصِيَّةُ مُقَدَّمَةٌ فَجَمَعْنَاهَا فِي الْوَاحِدِ

غاية البيان

وعنده: له ثُلُثُ الثَّوبِ الباقي، وثُلُثُ الشَّاةِ الباقيةِ، وكذلكَ المَكِيلُ، وكذلكَ المَوْزونُ.

ولَوْ كانَتِ التَّركةُ مِنْ أجناسٍ [٨/٢٨١و/م] مختلفةٍ، بأنْ كانَ له إبلٌ وبَقَرٌ وغَنَمٌ، فأَوْصَىٰ بثُلُثِ هذه الأصنافِ لِرَجُلٍ، فهَلَكَ صِنفانِ، وبَقِيَ صِنفٌ واحدٌ. أَعْنِي: بَقِيَ الإبلُ، أو بَقِيَ البقرُ، أو بَقِيَ الغَنَمُ؛ فللمُوصَىٰ له ثُلُثُ الباقي في قولِهم جَمِيعًا.

وجهُ قولِ زُفَرَ ﷺ: أنَّ المُوصِيَ لَمَّا ماتَ، بَقِيَ المالُ مُشْتَرَكًا بينَ الوَرَثةِ والمُوصَىٰ له، والمالُ المشتركُ إذا هلكَ بعضُه، هَلَكَ على الشَّركةِ، وما بَقِيَ يَبْقَىٰ على الشركةِ، فكذلكَ هاهُنا الَّذي هَلَكَ هَلَكَ أثلاثًا، والَّذي بَقِيَ بَقِيَ أثلاثًا، وبِقَوْلِ زُفَرَ ﷺ نَأْخُذُ، وهوَ القِياسُ.

وجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ وصاحبَيْه ﷺ: أنَّ التَّركةَ إذا كانَتْ جِنسًا واحدًا؛ فحَقُّ المُوصَىٰ له في الثُّلُثِ المُفرَزِ، لَا في الثُّلُثِ الشَّائعِ؛ لأنَّ ما يَحتَمِلُ القِسمةَ، فتَسمِيةُ الجُزْءِ مِنَ الجملةِ، وتَسْمِيةُ القَدْرِ مِنْ ذلكَ سواءٌ.

ألا تَرَىٰ أنَّ العُشْرَ مِنْ عشرةِ أَقْفِزةٍ، والقفيزُ منها سواءٌ، ولولا ذلكَ لَمْ يَكُنْ للقاضي حَقُّ الإجبارِ في القسمةِ، بَل للقاضي أن يُفْرِزَ نَصِيبَ المُوصَىٰ له مِنْ هذه الدَّراهمِ الثَّلاثةِ مع غَيْبةِ المُوصَىٰ له، ولوِ امتنَعَ أحدُ الوَرَثةِ يُجْبِرُه القاضي علىٰ ذلكَ.

ولَوْ كانَ حَقُّ المُوصَىٰ له في الثُّلُثِ الشائعِ لَمْ يَكُنْ للقاضي ولايةُ الجَبْرِ على القِسمةِ، وولايةُ الإفرازِ أيضًا مع غَيْبةِ بعضِ الشُّركاءِ، فكانَتِ الوَصِيَّةُ بثُلُثِ ثلاثةِ دراهمَ كالوَصِيَّةِ بالدِّرهمِ[1]، ولَوْ كانَتِ الوَصِيَّةُ باسمِ الدِّرْهَمِ؛ بَقِيَتِ الوَصِيَّةُ

---

(١) وقع في الأصل: «بالدراهم»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

الْبَاقِي وَصَارَتْ الدَّرَاهِمُ كَالدِّرْهَمِ، بِخِلَافِ الْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الْجَمْعُ فِيهَا جَبْرًا فَكَذَا تَقْدِيمًا.

غاية البيان

بكمالِها إذا كانَ يَخرُجُ الدِّرْهَمُ منَ الثُّلُثِ، فكذلكَ هاهُنا.

مِثالُه: مَنْ باعَ قَفِيزًا منَ الحنطةِ، فهَلَكَ جميعُ الحِنْطةِ إلَّا قفِيزًا واحدًا؛ انصرفَ البَيْعُ إلىٰ القفيزِ الواحِدِ الباقي، حتَّىٰ يُؤمَرَ البائعُ بتسليمِه إلىٰ المُشْتَرِي، فكذلكَ الوَصِيَّةُ.

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ ﷺ في «شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ»: «وقدِ اتَّفقوا أنَّه لوِ اسْتُحِقَّ الدِّرهمانِ، وبَقِيَ الدِّرهمُ؛ فالدِّرهمُ الباقي للمُوصَىٰ له، فكذلكَ [٥١٧/٣و] إذا هلكَ الدِّرْهمانِ وبَقِيَ الدِّرهمُ».

قالَ: «وكذلكَ الثِّيابُ مِنْ صِنْفٍ واحِدٍ، وإنْ لَمْ تكُنِ الثِّيابُ أمثالًا مُتَساويةً، ولهذا تُضْمَنُ بالقيمةِ لَا بالمِثْلِ.

ولوْ باعَ أحدَ الأثوابِ الثلاثةِ؛ لَمْ يَصِحَّ، ولكنَّه أَلْحَقَ الأثوابَ إذا كانَتْ مِنْ جنسٍ واحِدٍ في بابِ الوَصِيَّةِ بالأمثالِ المُتَساويةِ؛ لأنَّ القِسمةَ منْ بابِ القضاءِ، والتَّفاوُتُ بينَ الثِّيابِ في الجنسِ الواحدِ يَقِلُّ، فكانَ للقاضي أنْ يُلْحِقَها بالأمثالِ المُتَساويةِ، بخِلافِ البَيْعِ؛ لأنَّ البَيْعَ ليسَ مِنْ بابِ القضاءِ، وبخِلافِ الإتلافِ؛ لأنَّ [ضماناتِ][1] العُدْوَاناتِ مُقَيَّدٌ بالمِثْلِ.

[٢٨١/٨ظ/م] والقضاءُ بالقيمةِ أقربُ إلىٰ المُماثلةِ؛ لأنَّ فيه مُماثلةً من حيثُ المالِيَّةُ والتَّقَوُّمُ، فتُماثِلُ القيمةُ المُتلَفَ مَعنًىٰ على كُلِّ حالٍ، والثَّوبُ لَا يُماثِلُ المُتلَفَ معنًىٰ علىٰ كُلِّ حالٍ، وقدْ يُماثلُه في الصُّورةِ، وقدْ لَا يُماثِلُه في الصُّورةِ، فكانَ المَعْنىٰ أَرجَحُ، فكانَ القضاءُ بالقيمةِ أَوْلَىٰ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: في «م»: «ضمان».

. . . .

فأمَّا إذا كانَتِ الوَصِيَّةُ بثُلُثِ الأجناسِ المختلفةِ؛ فحَقُّ المُوصَىٰ له في المُشَاعِ دونَ المُفْرَزِ، حتَّىٰ لَا يَكُونَ للقاضي ولايةُ الإفرازِ والجَبْرِ علىٰ القسمةِ، فلَا يَكُونُ القضاءُ بثُلُثِها كالقضاءِ بواحدٍ منها، فكانَتْ وَصِيَّةً بثُلُثِ كُلِّ واحدٍ منها.

والدُّورُ المختلفةُ كالأجناسِ المختلفةِ، ولكثرةِ التَّفاوُتِ بينَ الدارَيْنِ في المنفعةِ في الضِّيقِ والسَّعَةِ، وقُرْبِ الماءِ وبُعْدِه، والأَمْنِ وحُسْنِ الجِيرانِ، ونحوِ ذلكَ، فكانَتْ مُلْحَقةً بالأجناسِ المختلفةِ، فكانَ للمُوصَىٰ له ثُلُثُ الباقي.

وكذلكَ الرَّقِيقُ الثَّلاثةُ مِنْ جِنْسٍ واحدٍ بمَنْزلةِ الأجناسِ المُختلِفةِ؛ لِكثرةِ التَّفاوُت، ولِهذا لَا يَصِحُّ التوكيلُ بشراءِ عَبْدٍ بغيرِ عَيْنِه إذا لَمْ يُبَيِّن الثَّمنَ، كما في الأجناسِ المختلفةِ، هكذا أجابَ مُحمَّدٌ رحمه الله في «**الجامعِ الصَّغيرِ**» في الدُّورِ والرقِيقِ بلا خلافٍ، قيل: هذا قولُ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله».

فأمَّا علىٰ قَوْلهما: فالدُّورُ جِنْسٌ واحدٌ، وكذلكَ الرقيقُ جِنْسٌ، فيَكُونُ للمُوصَىٰ له العبدُ الباقي، والدَّارُ الباقيةُ؛ لأنَّ للقاضي أنْ يَقْسِمَ قِسْمةً واحدةً، فيَجْمَعُ نَصِيبَ كُلِّ واحدٍ منهم في عَبْدٍ باعتبارِ القِيمةِ؛ لاتِّحادِ الجِنْسِ. إلىٰ هذا مالَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ رحمه الله وفخرُ الإسلامِ، وقاضي خان رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ.

وقيلَ: المذكورُ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**»: قولُ الكُلِّ؛ لأنَّ عندَهما لَا يَجِبُ علىٰ القاضي القسمةُ، بَل يَجُوزُ له القِسْمةُ، ويَجُوزُ له أنْ يَمِيلَ إلىٰ مذهبِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله، فقَبْلَ القسمةِ لَمْ يَكُنِ الرقيقُ مُلْحَقًا بالأمثالِ المُتَساوِيةِ، فصارَ نَظِيرَ الأجناسِ المُختلفةِ إذا هَلَكَ اثنانِ منها؛ كانَ للمُوصَىٰ له ثُلُثُ الباقي بالإجماعِ، فكذا هُنا.

وقالَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ رحمه الله في كتابِ «نُكَتِ الوصايا»: «الأَصْلُ في هذه المسائلِ إذا أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بثُلُثِ شَيْءٍ، فهَلَكَ الثُّلُثانِ، أو اسْتُحِقَّ الثُّلُثانِ، وبَقِيَ

....

الثُّلُثُ، فإنْ كانَ الشيْءُ مِمَّا يَحتَمِلُ القِسمةَ؛ انصرفَتِ الوَصِيَّةُ إلى الباقي، وإنْ كانَ الشيْءُ مِمَّا لَا يَحتَمِلُ القِسمةَ؛ ليسَ له مِنَ الباقي إلا ثُلُثه.

ومثالُ ذلكَ: إذا [٣/٥١٧ظ] أَوْصَىٰ بثُلُثِ الغَنَمِ، أو بثُلُثِ الثِّيابِ مِنْ جِنسٍ واحدٍ، أوْ بشَيْءٍ مِنَ[1] الكيلِ، أو الوزنِ، فهلَكَ الثُّلُثانِ، فالباقي كلُّه له؛ لأنَّه لوْ لَمْ يَهلَكْ شَيْءٌ وارتَفعُوا إلى القاضي؛ كانَ [٨/٢٨٢و/م] للقاضي أنْ يجْعلَ هذا الباقي للمُوصَىٰ له، فكذلكَ بعدَ هلاكِ الثلثيْنِ جازَ أنْ يجْعَلَ ذلكَ الثُّلُثَ له.

وأمَّا إذا أَوْصَىٰ بثُلُثِ[2] ثيابٍ مختلفةٍ، أوْ دَوَابَّ مُختلفةٍ، فهَلَك الثُّلُثانِ، وبَقِيَ الثُّلُثُ؛ ليسَ له مِنَ الباقي إلا ثُلُثه؛ لأنَّه لوْ لَمْ يَهلَكْ شَيْءٌ، وارتفعُوا إلى القاضي؛ لَمْ يَكُنْ للقاضي أنْ يَدفعَ هذا الباقي إليه، فكذلكَ بعدَ هَلاكِ الثُّلُثيْنِ لَمْ يَجُزْ له أنْ يَدفعَ إليه؛ لأنَّه لَمْ يَكُنْ له مِنَ الوَصِيَّةِ إلَّا ثُلُثه.

ولوْ كانَ أَوْصَىٰ بثُلُثِ العبيدِ، فهَلَك الثُّلُثانِ، وبَقِيَ الثُّلُثُ، في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: له ثُلُثُ الباقي.

وفي قولِ أبي يوسُفَ ومُحمَّدٍ ﷺ: الباقي كلُّه له؛ لأنَّ مِنْ أصْلِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّه لَا يَرَىٰ قِسْمةَ الرَّقيقِ؛ لأنَّه عندَه بمَنْزلةِ أجناسٍ مختلفةٍ، وأبو يوسُفَ ومُحمَّدٌ ﷺ يَرَيَانِ ذلكَ.

وكذلكَ إذا أَوْصَىٰ بثُلُثِ دُورٍ مختلفةٍ، فاستُحِقَّتِ الدَّارانِ، وبَقِيَتْ دارٌ واحِدةٌ، فهوَ علىٰ هذا الاختلافِ؛ لأنَّ مِنْ أصْلِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّه لَا يَرَىٰ جَمْعَ الأَنْصِباءِ في دارٍ واحدةٍ، وهما يَرَيانِ ذلكَ، ولوْ أنَّه استُحِقَّ الثُّلُثانِ مُشاعًا، وبَقِيَ

---

(١) وقع في الأصل: «واحد»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) وقع في الأصل: «بثلاث»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

قال: وَلَوْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ ثِيَابِهِ، فَهَلَكَ ثُلُثَاهَا، وبَقِيَ ثُلُثُهَا، وَهُوَ يَخْرُجُ من ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِه؛ لَمْ يَسْتَحِقَّ إِلَّا ثُلُثَ مَا بَقِيَ مِنَ الثِّيَابِ، قَالُوا: هَذَا إِذَا كَانَتْ الثِّيَابُ مِنْ أَجْنَاسٍ مُخْتَلِفَةٍ، وَلَوْ كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّرَاهِمِ، وَكَذَا الْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ بِمَنْزِلَتِهَا؛ لِأَنَّهُ يَجْرِي فِيهِ الْجَمْعُ جَبْرًا بِالْقِسْمَةِ.

وَلَوْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ ثَلَاثَةٍ مِنْ رَقِيقِهِ فَمَاتَ اثْنَانِ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا ثُلُثُ الْبَاقِي، وَكَذَا الدُّورُ الْمُخْتَلِفَةُ، وقِيلَ: هَذَا الْقَوْلُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَحْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرَىٰ الْجَبْرَ عَلَىٰ الْقِسْمَةِ فِيهَا. وَقِيلَ هُوَ قَوْلُ الْكُلِّ لِأَنَّ عِنْدَهُمَا الْقَاضِي أَنْ يَجْتَهِدَ

غاية البيان

الثُّلُثُ؛ فالباقي كُلُّه له في قولِهم جَميعًا». كذا في [كتابِ][1] «نُكَتِ الوصايا».

قولُه: (قَالَ: وَلَوْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ ثِيَابِهِ، فَهَلَكَ ثُلُثَاهَا، وبَقِيَ ثُلُثُهَا، وَهُوَ يَخْرُجُ من ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِه؛ لَمْ يَسْتَحِقَّ إِلَّا ثُلُثَ مَا بَقِيَ مِنَ الثِّيَابِ)، أَيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصره»[2]، وهذا الَّذي ذَكَره في الثِّيابِ المُختلفةِ الأجناسِ، فإذا كانَتِ الثِّيابُ مِنْ جِنْسٍ واحدٍ؛ كانَ له جَميعُ [الثَّوْبِ الباقي][3] إذا كانَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ كالدِّرْهَمِ الباقي، وقدْ مَرَّ بيانُه مُستوفًى قبلَ هذا.

قولُه: (وَكَذَا الْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ بِمَنْزِلَتِهَا)، أي: بمنزلةِ الدَّراهمِ، فيَكُونُ له جَميعُ الباقي.

قولُه: (وقِيلَ: هَذَا الْقَوْلُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ وَحْدَهُ)، أي: هذا الجوابُ في الرَّقيقِ والدُّورِ المختلفةِ إذا بَقِيَ واحِدٌ، وهوَ ألَّا يَكُونَ له إلا ثُلُثُ الباقي، هوَ قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ ﵀ خاصَّةً.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٤٤].

(٣) وقع في الأصل: «الثياب الباقية»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَيَجْمَعَ وَبِدُونِ ذَلِكَ يَتَعَذَّرُ الْجَمْعُ، وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ لِلْفِقْهِ الْمَذْكُورِ.

غاية البيان

وعندَهما: له جَمِيعُ الباقي، وقيلَ: هوَ قولُهم جَمِيعًا[1]، وقدْ مَرَّ بيانُه قبل هذا.

قولُه: (وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ لِلْفِقْهِ الْمَذْكُورِ)، أيْ: الَّذي قيلَ: إنَّ ذلكَ الجوابَ قولُ أبي حَنِيفَةَ ﷺ وَحْدَه، أَشْبَهُ بمذهبِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ للفقهِ المذكورِ، وهوَ أنَّه لَا يَرَىٰ الجَبْرَ علىٰ القسمةِ في الرَّقِيقِ والدُّورِ المُختَلِفةِ؛ لأنَّه يَجْعلُها أجناسًا مختلفةً، فيَكُونُ عندَه: للمُوصَىٰ له ثُلُثُ الباقي.

وعندَهما: له جَمِيعُ الباقي؛ لأنَّهما يجْعَلانِ جنسًا واحدًا.

قولُه: (وَبِدُونِ ذَلِكَ يَتَعَذَّرُ الْجَمْعُ)، أي: وبدونِ الاجتهادِ يَتَعَذَّرُ جَمْعُ نَصِيبِ أحدِهم في العبدِ الواحدِ [٢٨٢/٨ظ/م] والدارِ الواحدةِ.

معناه: ما مَرَّ قبْلَ هذا، وهوَ أنَّ قبلَ القسمةِ لَا يَكُونُ الرَّقيقُ مُلْحَقًا بالأمثالِ المُتَساوِيةِ عندَهما أيضًا، فيَصِيرُ كالأجناسِ المختلفةِ، فيَكُونُ للمُوصَىٰ له عندَهما أيضًا [٥١٨/٣و] ثُلُثُ الباقي منَ الرَّقِيقِ، ولَا خِلافَ إذَنْ في الجوابِ.

بيانُه: أنَّ القاضيَ يَجُوزُ له أنْ يَقْسِمَ الدُّورَ والعبيدَ قِسْمةً واحِدةً، إذا رَأَىٰ القاضي المصلحةَ في ذلكَ، بأنْ رَآهُمْ مُتَقارِبِينَ، أمَّا قبْلَ أن يَرَىٰ ذلكَ؛ فلَا يَجُوزُ، فإنَّها في نفسِها مُتَفاوتةٌ غايةَ التَّفاوُتِ، فكانَ الأصْلُ فيه ألَّا يَجمَعَ حَقَّ أحدِ الشُّرَكاءِ في عَيْنٍ منها.

وذَهَبَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيجابِيُّ ﷺ في كتابِ «العينِ والدَّيْنِ» إلىٰ أنَّ هذا قولُ الكُلِّ في العبيدِ والدُّورِ جَمِيعًا.

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» [٤٦٣/٥، ٤٦٨]، «تبيين الحقائق» [٢٧١/٥]، «البناية» [٥٢١/١٠]، «درر الحكام» [٤٢٤/٢]، «اللباب» [٢٨٥/٢].

قَالَ: ولو أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِأَلْف دِرْهَم، وله مَالُ عَيْنٍ وَدَيْنٍ، فَإِنْ خَرَجَت الأَلْفُ مِنْ ثُلُثِ العَيْنِ؛ دُفِعَ إِلىٰ المُوصَىٰ لَهُ؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ إِيفَاءُ كُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِأَلْف دِرْهَم، وله مَالُ عَيْنٍ وَدَيْنٍ، فَإِنْ خَرَجَ الأَلْفُ مِنْ ثُلُثِ العَيْنِ؛ دُفِعَ إِلىٰ المُوصَىٰ لَهُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «وإِنْ لَمْ يَخْرُجْ دَفَعَ إليه ثُلُثَ العينِ، وكُلُّ ما خَرَجَ مِنْ شَيْءٍ منَ الدَّيْنِ أُخِذَ ثُلُثُه حتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الأَلْفَ»[١]، وذلكَ لأنَّ المُوصَىٰ له شريكُ الوَرَثةِ، والأَصْلُ في الشُّرَكاءِ: أن يُوَفَّىٰ حَقُّ كُلِّ واحدٍ مِنْ غيرِ إيقاعِ بَخْسٍ في حَقِّ الآخرِ، فإذا خَرَجَ الأَلْفُ من ثُلُثِ العَيْنِ دفَعَ الأَلْفَ منَ العَيْنِ [إلىٰ][٢] المُوصَىٰ له؛ لأنَّه لَا يَلْزَمُ البَخْسُ في حَقِّ أحدٍ؛ لأنَّه يَصِلُ[٣] الثلثانِ منَ العينِ إلىٰ الورثةِ.

وإنْ لَمْ تَخْرُجِ الأَلْفُ المُوصَىٰ بها مِنْ ثُلُثِ العينِ؛ لَمْ يَدْفَعْ جَمِيعَ الأَلْفِ إلىٰ المُوصَىٰ له مِنَ العَيْنِ؛ لأنَّه يَلْزَمُ حينئذٍ البَخْسُ في حَقِّ الوَرَثةِ لِمَزِيَّةِ النَّقْدِ علىٰ الدَّيْنِ، ولأنَّ الدَّيْنَ ليسَ بمالٍ مُطلَقًا، وإنَّما يَصِيرُ مالًا بواسطةِ الاستيفاءِ؛ لأنَّ الدَّيْنَ وَصْفٌ ثابتٌ في الذِّمَّةِ، فإذا كانَ كذلكَ كانَ الدَّيْنُ في معنىٰ التَّاوِي، ولِهَذا لوْ حَلَفَ أنْ لَا مالَ له، وله دُيونٌ علىٰ النَّاسِ؛ لَا يَحنَثُ، وكانَ القِياسُ علىٰ هذا ألَّا يأخُذَ المُوصَىٰ له ثُلُثَ الدَّيْنِ.

ولكنَّا نَقُولُ: لمَّا انقلبَ مالًا عندَ الاستيفاءِ؛ دخَلَ تحتَ الوَصِيَّةِ، كالقصاصِ إذا انقَلَبَ مالًا بعَفْوِ بعضِ الشركاءِ، شارَكَ المُوصَىٰ له الوَرَثةُ، وإن لَمْ يَكُنْ له حَقٌّ في نَفْسِ القصاصِ.

وقالَ الحاكمُ الشَّهِيدُ ﷺ في بابِ الوَصِيَّةِ بالعينِ والدينِ علىٰ الأَجْنَبيِّ مِنَ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٤].
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٣) وقع في الأصل: «يصير»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

مِنْ غَيْرِ بَخْسٍ فَيُصَارُ إِلَيْهِ، ولو لَمْ يَخْرُجْ دُفِعَ إِلَيْهِ ثُلُثُ الْعَيْنِ، وَكُلَّمَا خَرَجَ شَيْءٌ مِنْ الدَّيْنِ أَخَذَ ثُلُثَهُ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الْأَلْفَ لِأَنَّ الْمُوصَىٰ لَهُ شَرِيكُ الْوَارِثِ، وَفِي تَخْصِيصِهِ بِالْعَيْنِ بَخْسٌ فِي حَقِّ الْوَرَثَةِ لِأَنَّ لِلْعَيْنِ فَضْلًا عَنْ الدَّيْنِ، وَلِأَنَّ

غاية البيان

«الكافي»: «وإذا كانَ للرجُلِ مئةُ دِرْهَمٍ عينٌ، ومئةُ دِرْهَمٍ على أَجْنَبيٍّ دَيْنٌ، فأَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بثلثِ مالِه؛ فإنَّه يَأْخُذُ ثُلُثَ العَيْنِ، وما خَرَجَ مِنَ الدَّيْنِ بعدَ ذلكَ أَخَذَ ثُلُثَه حتَّىٰ يَخْرُجَ الدَّيْنُ كلُّه.

وإذا أَوْصَىٰ [٨/٢٨٣و/م] لِرَجُلٍ بثُلُثِ مالِه، ولآخرَ بثُلُثِ العَيْنِ؛ اقْتَسَما ثُلُثَ المئةِ العَيْنِ نِصْفَيْنِ؛ لأنَّهما في اسْتِحْقاقِ ثُلُثِ المئةِ العَيْنِ علىٰ السَّواءِ؛ لِيَتناولَ الوصيتَيْنِ إيَّاه علىٰ السَّواءِ، فإنْ خرَجَ منَ الدَّيْنِ خمسُونَ دِرْهمًا؛ ضُمَّتْ إلىٰ العَيْنِ، وكانَ ثُلُثُ ذلكَ بينهما علىٰ خمسةِ أَسْهُمٍ، لصاحِبِ ثُلُثِ العَيْنِ سَهْمان مِنْ ذلكَ في العَيْنِ، والباقي مَقْسومٌ بينَ صاحِبِ ثُلُثِ المالِ والوَرَثةِ علىٰ ثلاثةَ عشرَ سَهْمًا»[1]، وذلكَ لأنَّ وَصِيَّةَ أحدِهما مُقيَّدةٌ بالعَيْنِ، ووصيةَ الآخرِ مُرْسَلةٌ، فالَّذي وَصِيَّتُه مُقيَّدةٌ بالعَيْنِ يَكُونُ حَقُّه في ثُلُثِ العَيْنِ، وهوَ ثلاثةٌ وثلاثونَ دِرْهَمًا وثُلُثُ دِرْهمٍ، ووصيةُ الآخرِ بثُلُثِ الآخرِ في ثُلُثِ المالِ المرسلِ، وقدْ صارَ مالُ المَيِّتِ مئةً وخمسينَ عندَ خروجِ الخمسينَ منَ الدَّيْن، فَتَبَيَّنَ أنَّ حَقَّه في ثُلُثِ هذه الجملةِ، وهوَ خمسونَ، فاجعلْ تَفاوُتَ ما بينَ الحقَّيْنِ بينهما، وهوَ ستةَ عشرَ وثُلُثا دِرْهَمٍ، فصارَ ثلاثةٌ وثلاثونَ درهمًا، وثُلُثُ دِرْهَمٍ بينهما، والخمسونَ [٣/٥١٨ظ] ثلاثةُ أَسْهُمٍ، فحَقُّ صاحِبِ العَيْنِ في ثلاثةٍ وثلاثينَ وثُلُثٍ، وحقُّ صاحِب ثُلُثِ المالِ في جَمِيعِ الخمسينَ.

فلِهَذا قَسَمْنا الخَمْسِينَ الَّذي هوَ الثُّلُثُ بينهما أخماسًا، سَهْمانِ للمُوصَىٰ له

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٥٨].

الدَّيْنَ لَيْسَ بِمَالٍ فِي مُطْلَقِ الْحَالِ وَإِنَّمَا يَصِيرُ مَالًا عِنْدَ الِاسْتِيفَاءِ **فإِنَّمَا يَعْتَدِلُ النَّظَرُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ.**

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو بِثُلُثِ مَالِهِ، فَإِذَا عَمْرٌو مَيِّتٌ؛ فَالثُّلُثُ كُلُّهُ لِزَيْدٍ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْوَصِيَّةِ فَلَا يُزَاحِمُ الْحَيَّ الَّذِي هُوَ مِنْ أَهْلِهَا، كَمَا إِذَا أَوْصَىٰ لِزَيْدٍ وَجِدَارٍ.

غاية البيان

بثُلُثِ المئةِ العَيْنِ، وذلكَ عشرونَ دِرْهمًا كلُّه في المئةِ العَيْنِ؛ لأنَّ وَصِيَّته مُقيَّدَةٌ، وما بَقِيَ وهوَ مئةٌ وثلاثونَ، يَكُونُ بينَ الوَرَثةِ والمُوصَىٰ له بثُلُثِ المالِ علىٰ ثلاثةَ عَشَرَ سَهْمًا؛ لأنَّه شريكُ الوَرَثةِ، فيُقْسَمُ ذلكَ بينَهم علىٰ قَدْرِ الحُقُوقِ، حَقُّ الوَرَثةِ في عشرةِ أَسْهُمٍ، وحقُّ المُوصَىٰ له بثُلُثِ المالِ في ثلاثةِ أَسْهُمٍ، وهوَ ثلاثونَ.

والأَصْلُ فيه: أنَّ الوَصِيَّةَ المُرْسَلةَ تَكُونُ شائِعةً في كُلِّ المالِ؛ لأنَّه شَرِيكُ الوَرَثةِ، وحَقُّ المُوصَىٰ له في الوَصِيَّةِ المُقَيَّدةِ يَتقيَّدُ بما قَيَّدَه المُوصِي، ويُقدَّمُ حَقُّه علىٰ حَقِّ الوَرَثةِ بشَرْطِ ألَّا يَزِيدَ علىٰ الثُّلُثِ، ويَكُونُ بمنزلةِ الغريمِ في حَقِّ التقدُّمِ. كذا ذَكَرَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجابِيُّ ﷺ في «**شرحِ الكافي**» الَّذي هوَ «**مبسوطُه**».

قولُه: (**وإِنَّمَا يَعْتَدِلُ النَّظَرُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ**)، أي: النَّظَرُ في حَقِّ المُوصَىٰ له والوَرَثةِ بإيفاءِ كُلِّ ذي حَقٍّ حَقَّه مِنْ غيرِ بَخْسٍ في حَقِّ الآخرِ، وهوَ ألَّا يَتخَصَّصَ المُوصَىٰ له بالعَيْنِ إذا لَمْ يَخْرُجِ الثُّلُثُ منَ العَيْنِ.

قولُه: (**قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو بِثُلُثِ مَالِهِ، فَإِذَا عَمْرٌو مَيِّتٌ؛ فَالثُّلُثُ كُلُّهُ لِزَيْدٍ**)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ [٨/٢٨٣ظ/م] في «**مختصرِه**»[1].

قالَ الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «ولوْ أَوْصَىٰ بثُلُثِه لفُلانٍ وفُلانٍ، أوْ بينَ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٤].

وعن أبي يوسف أَنَّهُ إذَا لَمْ يَعْلَمْ بِمَوْتِهِ فَلَهُ نِصْفُ الثُّلُثِ، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ عِنْدَهُ صَحِيحَةٌ لِعَمْرٍو فَلَمْ يَرْضَ لِلْحَيِّ إلَّا نِصْفَ الثُّلُثِ بِخِلَافِ مَا إذَا عَلِمَ بِمَوْتِهِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْمَيِّتِ لَغْوٌ فَكَانَ رَاضِيًا بِكُلِّ الثُّلُثِ لِلْحَيِّ.

غاية البيان

فُلانٍ وفُلانٍ، ثُمَّ ماتَ المُوصِي، ثُمَّ ماتَ أحدُهما؛ كانَ للباقي نِصْفُ الثُّلُثِ، ونِصْفُ الثُّلُثِ لورثةِ المَيِّتِ منهما»[1].

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجابِيُّ رحمه الله في «**شرحِ الكافي**»: «وهذا على أَوْجُهٍ ثلاثةٍ: إمَّا إنْ كانَ فُلانٌ حيًّا يومَ الوَصِيَّةِ، ثُمَّ ماتَ بعدَ موتِ المُوصِي أوْ قَبْلَه، أو كانَ مَيِّتًا يومَ الوَصِيَّةِ، فإنْ كانَ حيًّا بعدَ موتِ المُوصِي؛ فالجوابُ فيه ما ذكرْناهُ؛ لأنَّه صَحَّ إضافةُ الوَصِيَّةِ إليهما، ثُمَّ الاسْتِحْقاقُ في حَقِّهما بموتِ المُوصِي، فصارَ نَصِيبُ المَيِّتِ وقدْ مَلَكَه عندَ موتِ المُوصِي ميراثًا عنه لورثتِه.

وإنْ ماتَ قبْلَ موتِ المُوصِي بَطَلَتْ حِصَّتُه، وللآخرِ نِصْفُ الثُّلُثِ؛ لأنَّه صَحَّ الإضافةُ إليهما؛ لأنَّهما منْ أهلِ الاسْتِحْقاقِ للوصيَّةِ يومئذٍ، ثُمَّ بَطَلَ في حَقِّ مَنْ ماتَ منهما قبلَ أنْ يَنقَلِبَ حقيقةً، فَبَقِيَ حِصَّةُ الآخرِ.

وإنْ كانَ فُلانٌ مَيِّتًا يومَ الوَصِيَّةِ، فإنْ كانَ المُوصِي قالَ: بينَ فُلانٍ وفُلانٍ؛ فلِلْحَيِّ نِصْفُ الوَصِيَّةِ، ولَا شَيْءَ للميِّتِ؛ لأنَّ «بينَ». كلمةُ قِسْمةٍ، فقدْ جعلَ لكلِّ واحدٍ منهما نِصْفَ الوَصِيَّةِ، فإذا بَطَلَ نَصِيبُ المَيِّتِ؛ لَا يَكُونُ للحَيِّ إلا نِصْفُه.

وأمَّا إذا قالَ: لفُلانٍ وفُلانٍ، وأحدُهما مَيِّتٌ؛ فالوَصِيَّةُ كلُّها للحَيِّ؛ لأنَّ الإضافةَ إلى المَيِّتِ منهما لَغْوٌ، فصارَ كما لو أَوْصَى لِزَيدٍ، وجِدارٍ أو حِمارٍ».

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ رحمه الله **في كتابِ «نُكَتِ الوصايا»**: «ورُوِيَ عنْ أبي يوسُفَ رحمه الله أنَّه قالَ: إنْ كانَ المُوصِي عَلِمَ بِمَوْتِ أحدِهما؛ فالوَصِيَّةُ [٣/٥١٩و] كلُّها للحَيِّ،

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٤١].

وَإِنْ قَالَ: «ثُلُثُ مَالِي بَيْنَ زَيْدٍ وَعَمْرٍو»، وَزَيْدٌ مَيِّتٌ؛ كَانَ لِعَمْرٍو نِصْفُ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّ قَضِيَّةَ هَذَا اللَّفْظِ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الثُّلُثِ بِخِلَافِ

وإنْ لَمْ يَعلَمْ بمَوْتِه فللحيِّ نِصْفُ الوَصِيَّةِ؛ لأنَّ المُوصِيَ إذا لَمْ يَعْلَمْ فقدْ قَصَدَ لكلِّ واحدٍ منهما بنِصْفِ الوَصِيَّةِ، فلَا يَثْبُتُ للحَيِّ أكثرُ منْ نِصْفِ الوَصِيَّةِ».

وقالَ في «شرحِ الطَّحاوِيِّ» رحمه الله[1]: «ولوْ قالَ: أَوْصَيتُ بثُلُثِ مالي لعَمْرٍو ولزَيْدٍ إنْ كانَ فقيرًا، يُنْظَرُ: إنْ كانَ زيدٌ وقْتَ الموتِ فقيرًا؛ فالثُّلُثُ بينهما، وإنْ لَمْ يَكُنْ فقيرًا أوْ ماتَ قبلَ ذلكَ؛ بَطَلَتْ حِصَّتُه، وانتقلَتْ إلىٰ الوَرَثةِ، ولعَمْرٍو نِصْفُ الثُّلُثِ.

وكذلكَ لوْ قالَ: «أَوْصَيْتُ بثُلُثِ مالي لفُلانٍ وفُلانٍ آخرَ»، إنْ كانَ في الدَّارِ يُنْظَرُ: إنْ كانَ في الدَّارِ؛ فالثُّلُثُ بينَهما نِصْفينِ، وإنْ لَمْ يَكُنْ بَطَلَتْ حِصَّتُه، وعادَتْ إلىٰ ورثةِ المَيِّتِ، وبَقِيَ نِصْفُ الثُّلُثِ للآخرِ.

ولوْ قالَ: «أَوْصَيتُ بثُلثِ مالي [٨/٢٨٤و/م] لفُلانٍ ولعَقِبِه»، فإنَّ الثُّلُثَ كلَّه لفُلانٍ؛ لأنَّ الإضافةَ إلىٰ العَقِبِ لَا تَصحُّ؛ لأنَّهما لَا يَجْتَمِعَانِ معًا أبدًا؛ لأنَّ العَقِبَ يَكُونُ بعْدَه»[2].

قولُه: (وَإِنْ قَالَ: «ثُلُثُ مَالِي بَيْنَ زَيْدٍ وَعَمْرٍو»، وَزَيْدٌ مَيِّتٌ؛ كَانَ لِعَمْرٍو نِصْفُ الثُّلُثِ). وهذه مِنْ مسائلِ «المختصرِ» مَرَّ بيانُها آنفًا.

قالَ في «شرحِ الطَّحاوِيِّ» رحمه الله: «لوْ أَوْصَىٰ بثُلُثِ مالِه لفُلانٍ، ولواحدٍ مِنْ ورثتِه، فإنْ أجازَ سائرُ الوَرَثةِ [فالثُّلُثُ][3] يَكُونُ بينَ فُلانٍ والوارثِ نِصْفَيْنِ، وإنْ لَمْ يُجِزْ سائرُ الوَرَثةِ بَطلتِ الوَصِيَّةُ في حَقِّ الوارثِ، وبَقِيَ نِصْفُ الثُّلُثِ للأجنبيِّ،

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجابِيُّ [ق/٣١٦].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجابِيُّ [ق/٣١٦].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

مَا تَقَدَّمَ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّ مَنْ قَالَ ثُلُثُ مَالِي لِزَيْدٍ وَسَكَتَ كَانَ لَهُ كُلُّ الثُّلُثِ، وَلَوْ قَالَ ثُلُثُ مَالِي بَيْنَ فُلَانٍ وَسَكَتَ لَمْ يَسْتَحِقَّ الثُّلُثَ.

غاية البيان

ولَا يَكُونُ جَمِيعُ الثُّلُثِ للأَجْنَبِيِّ؛ لأنَّ إضافتَه إلىٰ وارثِه صحيحةٌ، أَلَا تَرَىٰ أنَّه لَوْ أجازَ سائرُ الوَرَثةِ جازَ، فقدْ أَوْصَىٰ لكلِّ واحدٍ منهما بنِصْفٍ، فيَكُونُ له ذلكَ».

وقالَ فيه أيضًا: «ولوْ أنَّ المريضَ أَقَرَّ بمالٍ لواحِدٍ مِنْ ورثتِه، وللأَجْنَبيِّ كما إذا أَقَرَّ لهما بأَلْفِ دِرْهَمٍ، وتَصادَقا فيما بينهما بالشَّرِكةِ، فإنَّ هذا الإقرارَ باطِلٌ في حَقِّهما جَمِيعًا، أما في حَقِّ الوارِث فلَا يُشْكِلُ؛ لأنَّ ذلكَ وَصِيَّةٌ ولَا وَصِيَّةَ لوارِثٍ، وكذلكَ في حَقِّ الأَجْنَبيِّ؛ لأنَّ الإقرارَ واحِدٌ فلوْ قُلْنا: يَجُوزُ في حَقِّ الأَجْنَبيِّ؛ فللوارِثِ أنْ يَأْخُذَ منه نِصْفَ ما أَقَرَّ، ثُمَّ له أن يَرجِعَ بذلكَ في الشَّركةِ، ثُمَّ للوارِثِ أنْ يَأْخُذَ فيُؤَدِّي إلىٰ جوازِ الإقرارِ لهما؛ لأنَّ الإقرارَ إقرارٌ واحدٌ، فإذا بَطَلَ في نِصْفِه بَطَلَ في كُلِّه.

وإذا بَطَلَ الإقرارُ تُقْسَمُ التَّرِكةُ بينَ الوَرَثةِ، فما أصابَ هذا الوارِثُ المُقَرّ له مِنْ ذلكَ يُقْسَمُ بينَه وبينَ الأَجْنَبيِّ إلىٰ تمامِ الإقرارِ، وما زادَ علىٰ ذلكَ يَكُونُ للوارِثِ؛ لأنَّ مِنْ زَعْمِهما أنَّ هذا الإقرارَ دَيْنٌ علىٰ المَيِّتِ، والدَّيْنُ مُقدَّمٌ علىٰ الميراثِ هذا إذا تَصادقَا.

ولوْ أنكَرَ الأَجْنَبيُّ الشركةَ معَ الوارِث وقالَ: كانَ لي خمسُ مِئةٍ علىٰ المريضِ، ولَا أَدْرِي أكانَ للوارِثِ، أَمْ لَا، والوارِثُ يُصَدِّقُه أَوْ يُكذِّبُه، فالإقرارُ باطِلٌ أيضًا عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُفَ ﵄، لِمَا ذَكَرْنا أنَّه لَمَّا بَطَلَ في حَقِّ أحدِهما بَطَلَ في حَقِّ الآخرِ؛ لأنَّ الإقرارَ إقرارٌ واحِدٌ.

وعندَ مُحمَّدٍ ﵀: لَمَّا أنكَرَ الأَجْنَبيُّ شركةَ الوارِثِ، أَوْ تكَاذَبَا، فإنَّ الإقرارَ في حَقِّ الأَجْنَبيِّ صحيحٌ، ويَكُونُ له خمسُ مِئةٍ، ثُمَّ إذا بَطَلَ الإقرارُ عندَهما؛ كانَ

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ [٢٨٨/و] بِثُلُثِ مَالِهِ، وَلَا مَالَ لَهُ، وَاكْتَسَبَ مَالًا؛ اسْتَحَقَّ الْمُوصَىٰ لَهُ ثُلُثَ مَا يَمْلِكُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ عَقْدُ اسْتِخْلَافٍ مُضَافٌ إِلَىٰ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَيَثْبُتُ حُكْمُهُ بَعْدَهُ فَيُشْتَرَطُ وُجُودُ الْمَالِ عِنْدَ الْمَوْتِ لَا قَبْلَهُ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ فَهَلَكَ ثُمَّ اكْتَسَبَ مَالًا ....

المالُ ميراثًا لورثةِ الميِّتِ، فما أصابَ الوارثُ المُقِرّ [له][1]، فإنَّه يُنظرُ: إنْ كانَ يَتصادَقانِ فقدْ [٨/٢٨٤ظ/م] ذكَرْنا جوابَه، وإنْ كانَ يَتكاذَبانِ فما أصابَ الوارثُ فهو كلُّه له، ولا شركةَ للأجنبيِّ فيه؛ لأنَّه يُكذِّبُه في ذلكَ.

وإنْ كانَ الأجنبيُّ [٣/٥١٩ظ] يُكذِّبُه، وهوَ يُصدِّقُه؛ فالخمسُ منه ممَّا أصابَه للأجنبيِّ؛ لأنَّه لمَّا صدَّقه الوارثُ فقدْ أقرَّ أنَّه كانَ له على الميِّتِ خمسُ منه، فإنَّه مُقدَّمٌ على الميراثِ إلَّا أنَّه ادَّعى الشركةَ فيه، وهوَ يُكذِّبُه في الشركةِ؛ فالقولُ قولُ الأجنبيِّ، ويأخذُ تلكَ الخمسَ منه كلَّها»[2]. كذا في «شرحِ الطَّحاويِّ» للإمامِ الأسبيجابيِّ ﷺ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ مَالِهِ، وَلَا مَالَ لَهُ، وَاكْتَسَبَ مَالًا؛ اسْتَحَقَّ الْمُوصَىٰ لَهُ [ثُلُثَ][3] مَا يَمْلِكُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»[4]، وذلكَ لأنَّ الوَصِيَّةَ عَقْدٌ مضافٌ إلى ما بعدَ الموتِ؛ لأنَّه تمليكٌ بعدَ الموتِ، ولهذا يُعتبرُ القبولُ والرَّدُّ بعدَ الموتِ، فكانَ وجودُ المالِ عندَ الموتِ شرْطًا لا قبلَه، والمضافُ إلى الشَّرطِ كالمُوجبِ عندَه، فصارَ كأنَّه قالَ عندَ الموتِ: ثُلُثُ مالي لفُلانٍ، فيَستحِقُّ ثُلُثَ ما يَملكُه في تلكَ الحالِ، ولا يُعتبرُ بما قبلَه.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسبيجابي [ق/٣١٦].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٤) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/ ٢٤٤].

لِمَا بَيَّنَّا.

قال: وَلَوْ أَوْصَىٰ لَهُ بِثُلُثِ غَنَمِهِ، فَهَلَكَ الْغَنَمُ قَبْلَ مَوْتِهِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فِي الْأَصْلِ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ إِيجَابٌ بَعْدَ الْمَوْتِ فَيُعْتَبَرُ قِيَامُهُ حِينَئِذٍ، وَهَذِهِ الْوَصِيَّةُ تَعَلَّقَتْ بِالْعَيْنِ فَتَبْطُلُ بِفَوَاتِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فَاسْتَفَادَ ثُمَّ مَاتَ فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَصِحُّ، لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بِلَفْظِ الْمَالِ تَصِحُّ، فَكَذَا إِذَا كَانَتْ بِاسْمِ نَوْعِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ وُجُودَهُ قَبْلَ الْمَوْتِ فَضْلٌ وَالْمُعْتَبَرُ

غاية البيان

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا)، إشارةٌ إلىٰ قَوْلِه: (لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ عَقْدُ اسْتِخْلَافٍ مُضَافٌ إِلَىٰ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ).

قولُه: (وَلَوْ أَوْصَىٰ لَهُ بِثُلُثِ غَنَمِهِ، فَهَلَكَ الْغَنَمُ قَبْلَ مَوْتِهِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فِي الْأَصْلِ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ)، وهذه مِنْ مسائلِ «الأَصْلِ»[1]، ذَكَرَها تفريعًا علىٰ مسألةِ «المختصرِ».

وذلكَ لَمَّا ذَكَرَ: أَنَّ الوَصِيَّةَ إيجابٌ بعدَ الموتِ، فيُعْتَبَرُ قيامُ ما أَوْصَىٰ به عندَ الموتِ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجابِيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «ولَمْ يَذْكُرْ في الكتابِ أنَّه إذا لَمْ يَكُنْ له غَنَمٌ فاستفادَه، ثُمَّ ماتَ، هل تَصِحُّ الوَصِيَّةُ؟ اختلفَ مشايخُنا ﷺ فيه، قالَ: والصَّحيحُ أنَّه يَصِحُّ؛ لأنَّه يُعْتَبَرُ قيامُه عندَ الموتِ، ووجُودُه قبلَ ذلكَ فَضْلٌ.

ألَا تَرَىٰ أنَّ الحُكْمَ فيه هذا لوْ كانَ بلَفْظِ المالِ، فكذا باسمِ النَّوعِ. يَعْنِي: لوْ أَوْصَىٰ الرجلُ بثُلُثِ مالِه لِرَجُلٍ، فهَلَكَ ذلكَ المالُ، واكتَسَبَ مالًا آخرَ، كانَ ثُلُثُ ما اكْتَسَبَه للمُوصَىٰ له، والمالُ: اسمُ الجنسِ، والغَنَمُ: اسمُ النَّوعِ، ففيما ذُكِرَ باسمِ

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٥/٤٣٤].

قِيَامُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ؛ وقَالَ: لَهُ شَاةٌ مِنْ مَالِي، وَلَيْسَ لَهُ غَنَمٌ؛ يُعْطِي قِيمَةَ شَاةٍ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إِلَى الْمَالِ عَلِمْنَا أَنَّ مُرَادَهُ الْوَصِيَّةُ بِمَالِيَّةِ الشَّاةِ إِذْ مَالِيَّتُهَا تُوجَدُ فِي مُطْلَقِ الْمَالِ.

غاية البيان

الجنسِ يُعْتَبَرُ الموجودُ وَقْتَ الموتِ، فكذا فيما ذُكِرَ باسمِ النَّوعِ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ وجوبُها وقْتَ الموتِ.

وقالَ بعضُهم: إذا كانَ له غَنَمٌ [فهلَكَ][1]، فاستفادَ غنمًا آخرَ؛ بَطَلَتْ وَصِيَّتُه؛ لأنَّه أضافَ إلى مالٍ خاصٍّ، فصارَ بمنزلةِ التَّعيينِ».

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ في كتابِ «نُكَتِ الوصايا»: «هذا القولُ ليسَ بصحيحٍ عندَنا؛ لأنَّه أضافَ الوَصِيَّةَ إلى [٨/٢٨٥و/م] غَنَمٍ مُرْسَلٍ بغيرِ تَعْيينٍ، فصارَ بمنزلةِ إضافتِه إلى ثُلُثِ المالِ».

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: لَهُ شَاةٌ مِنْ مَالِي، وَلَيْسَ لَهُ غَنَمٌ؛ يُعْطِي قِيمَةَ شَاةٍ)، ذَكَرَه تفريعًا أيضًا.

قالَ الحاكمُ في «الكافي»: «ولوْ قالَ: له شاةٌ منْ مالِه، وليسَ له غَنَمٌ، فذلكَ جائزٌ يُعْطَى له قيمةُ شاةٍ، وذلكَ لأنَّه لَمَّا أضافَه إلى المالِ، وعَيْنُه لَا يُوجَدُ في المالِ؛ عَلِمْنا أنَّ مرادَه الوَصِيَّةُ بماليَّةِ الشَّاةِ لَا بعَيْنِه، وقَدْرُ ماليَّتِه موجودٌ في مُطْلَقِ المالِ»[2].

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجابِيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «ولَمْ يَذْكُرْ في الكتابِ: أنَّه لوْ أَوْصَى بشاةٍ وَلَمْ يَقُلْ: مِنْ مالِه، ماذا حُكْمُه؟ وقدِ اختلفَ فيه مشايخُنا ﷺ، بعضُهم قالُوا: لَا يَصِحُّ؛ لأنَّ الشاةَ اسمٌ للصورةِ والمَعْنى، وإنَّما

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٤١].

لَوْ أَوْصَىٰ بِشَاةٍ وَلَمْ يُضِفْهُ إِلَىٰ مَالِهِ وَلَا غَنَمَ قِيلَ لَا يَصِحّ لِأَنَّ الْمُصَحِّحَ إِضَافَتُهُ إِلَى الْمَالِ وَبِدُونِهَا تُعْتَبَرُ صُورَةُ الشَّاةِ وَمَعْنَاهَا، وَقِيلَ تَصِحُّ لِأَنَّهُ لَمَّا ذَكَرَ الشَّاةَ وَلَيْسَ فِي مِلْكِهِ شَاةٌ عُلِمَ أَنَّ مُرَادَهُ الْمَالِيَّةُ.

وَلَوْ قَالَ: شَاةٌ مِنْ غَنَمِي، وَلَا غَنَمَ لَهُ؛ فَالْوَصِيَّة بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إِلَىٰ

غاية البيان

صَرَفْنا الاسمَ إلى المعنى بدلالةِ الإضافةِ إلى مُطْلَقِ المالِ، وَلَمْ تُوجَدْ هذه القرينةُ.

[٣/٥٢٠و] وبعضُهم قالُوا: يَصِحُّ؛ لأنَّه مَتَى لَمْ يَكُنْ موجودًا يَكُونُ المرادُ مُطْلَقَ الماليَّةِ، فيُعْطَى له شاةٌ، أوْ قيمةُ شاةٍ، فيَصِيرُ كقولِه: شاةٌ مِنْ مالي، ولَا يَصِيرُ كقولِه: شاةٌ مِنْ غنَمِي، أوْ قَفِيزٌ مِن حِنْطَتِي، حيثُ لَا يَثْبُتُ له الوَصِيَّةُ إذا لَمْ يَكُنْ له غَنَمٌ أوْ حِنطةٌ؛ لأنَّه أضافَ إلى غَنَمِه أو إلى حِنْطَتِه.

وإلى هذا القولُ ذهبَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ ﷺ في [كتابِ][1] «نُكَتِ الوصايا»، وقدْ ذَكَر في «السِّيَرِ الكبيرِ» مسألةً تُؤَيِّدُ هذا الوجهَ، وهوَ أنَّ الإمامَ إذا نَفَل سَرِيَّةً، فقالَ: مَنْ قَتَل قتيلًا فله جاريةٌ مِنَ السَّبْيِ، وفي السَّبْيِ جَوَارٍ؛ يُعْطَى لمَنْ قَتَلَ قتيلًا الجاريةَ.

ولوْ قالَ: فله جاريةٌ، وليسَ في السَّبْيِ جاريةٌ؛ يُعْطَى له قَدْرُ ماليَّةِ جاريةٍ، فدلَّ أنَّ ذِكْرَ الشَّاةِ مطلَقًا ومقيَّدًا بالمالِ سواءٌ، إذا لَمْ يَكُنْ له غَنَمٌ في الحالِ، وكذلكَ لوْ قالَ: قَفِيزُ حِنطةٍ مِنْ مالي أو ثَوْبٌ مِنْ مالي.

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: شَاةٌ مِنْ غَنَمِي، وَلَا غَنَمَ لَهُ؛ فَالْوَصِيَّة بَاطِلَةٌ)، وهذه مِنْ مسائلِ «الأَصْلِ»[2]، ذَكَرَها تفريعًا أيضًا.

قالَ الحاكمُ الشهيدُ ﷺ في «الكافي»: «ولوْ قالَ: شاةٌ مِنْ غَنَمي، أو قَفِيزٌ مِنْ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».
(٢) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٥/٤٣٤].

الْغَنَمِ عَلِمْنَا أَنَّ مُرَادَهُ عَيْنُ الشَّاةِ حَيْثُ جَعَلَهَا جُزْءًا مِنَ الْغَنَمِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَضَافَهُ إِلَى الْمَالِ وَعَلَىٰ هَذَا يُخَرَّجُ كَثِيرٌ مِنَ الْمَسَائِلِ.

غاية البيان

حِنْطتي، ثُمَّ ماتَ وليسَ له غنَمٌ ولَا حِنْطةٌ، قالَ: فالوصيَّةُ باطلةٌ»[1].

قالَ في «شرحِ الكافي»: «لأنَّه لَمَّا أضافَ إلىٰ الغنمِ، عَلِمْنا أنَّ مرادَه الوَصِيَّةُ بعَيْنِ الشَّاةِ؛ لأنَّه جَعلَه جُزْءًا منَ الغنمِ، وأنَّه يَصْلُحُ جُزْءًا للغنمِ بصورتِه، ومعناه: فصارَتِ الوَصِيَّةُ بشَيْءٍ معدومٍ، ولَا وُجودَ له عندَ الموتِ أيضًا، فلَا يَصِحُّ [٨/٢٨٥ظ/م]، بخِلافِ ما إذا أضافَ إلىٰ مُطْلَقِ المالِ».

قولُه: (وَعَلَىٰ هَذَا يُخَرَّجُ كَثِيرٌ مِنَ الْمَسَائِلِ).

قالَ الكَرْخِيُّ ﵀ في «مختصرِه»[2]: «قالَ ابنُ سماعةَ عنْ أبي يوسُفَ ﵀ في «نوادرِه»: إذا أَوْصَىٰ الرَّجُلُ فقالَ: لزيدٍ شاةٌ مِنْ غَنَمي، أو قالَ: نخلةٌ مِنْ نَخْلي، أوْ قالَ: جاريةٌ مِنْ جَوارِيَّ، وَلَمْ يَقُلْ في شَيْءٍ منْ ذلكَ: مِنْ غَنَمي [هذه][3]، ولَا جَوارِيَّ هؤلاءِ، ولَا نَخْلِي هذا؛ فإنَّ الوَصِيَّةَ في هذا تَقَعُ يومَ يموتُ المُوصِي، ولَا تَقَعُ يومَ يَقتَسِمونَ.

ولوْ ماتَ غنَمُه تلكَ، أوْ باعَها فاشتَرَىٰ مكانَها، أوْ ماتَتْ جَوَارِيه فاشتَرَىٰ غَيْرَهُنَّ، أو باعَ النَّخْلَ فاشتَرَىٰ غيرَه؛ فإنَّ للمُوصَىٰ له نخلةٌ مِنْ نَخْلِه يومَ يَمُوتُ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ وقعَتْ يومَ ماتَ، وليسَ لِلوَرَثةِ أنْ يُعطُوه غيرَ ذلكَ، ولكنْ يُعطُونَه أيَّ ذلكَ شاءَ.

فإنْ ولدَتِ الغَنَمُ قبلَ أنْ يَمُوتَ المُوصِي، أوْ وَلَدَتِ الجَوارِي قبلَ موتِ

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٤١].

(٢) من هنا بدأ النقل من «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٩٨/ داماد].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

....

المُوصِي، فلَحِقَتِ الأولادُ الأمهاتِ، ثُمَّ ماتَ المُوصِي؛ فإنَّ لِلوَرَثةِ أنْ يُعطوه إنْ شاءُوا مِنَ الأولادِ، وإنْ شاءُوا منَ الأمهاتِ مِن قِبَلِ أنَّ الوَصِيَّةَ إنَّما وَقعَتْ يومَ ماتَ على شاةٍ مِنْ غنَمِه، وعلىٰ جاريةٍ مِن جَوارِيه، وَلَمْ يَقُلِ المُوصِي: هذه، فيُوصِي بشَيْءٍ بعَيْنِه.

فإنِ اختارَ الوَرَثةُ أنْ يُعطُوه شاةً مِنْ غنَمِه ولها ولدٌ ولدَتْه بعدَ موتِ المُوصِي؛ فإنَّ ولدَها يَتْبَعُها، وكذلكَ صُوفُها ولبنُها إذا اختارُوا أنْ يَدفعُوها إليه، دَفعُوا معها الولدَ والصُّوفَ واللَّبَنَ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ وجبَتْ له[1] بها يومَ ماتَ المُوصِي.

فأمَّا الولدُ الَّذي ولدَتْه قبلَ موتِ المُوصِي، والصُّوفُ واللبنُ؛ فليسَ له مِنْ ذلكَ شَيْء، قالَ أبو الحسنِ ﷺ: يَعْنِي: إذا كانَ الصوفُ مَجْزوزًا قبلَ الموتِ، واللَّبنُ مَحْلُوبًا قبلَ الموتِ».

ثُمَّ قالَ الكَرْخِيُّ ﷺ: «ولوْ قالَ: قدْ أَوْصَيتُ له بشاةٍ مِنْ غَنمي هذه، أوْ قالَ: قدْ أَوْصَيتُ له بجاريةٍ مِنْ جَوارِيَّ هؤلاءِ، أوْ قالَ: قدْ أَوْصَيتُ له بإحدىٰ [٥٢٠/٣ظ] جارِيَتَيَّ[2] هاتيْنِ، أو قالَ: قدْ أوصيْتُ له بنخلةٍ منْ نَخْلي هذا، فهذا إنَّما هوَ علىٰ هذه الغَنَمِ بأعيانِها، وعلىٰ النَّخْلِ بعَيْنِه، وعلىٰ الجوارِي بأعيانِهِنَّ، لوْ ماتَتِ الغنَمُ أو الجوارِي، أو باعَ النَّخْلَ؛ بَطَلَتْ وصيتُه.

فإنْ ولدَتِ الغَنَمُ، أوْ ولدَتِ الجَوارِي في حياةِ المُوصِي، ثُمَّ أرادَ [٢٨٦/٨و/م] الوَرَثةُ بعدَ الموتِ أنْ يُعطُوه منَ الأولادِ؛ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ ذلكَ؛ لأنَّ الوصيَّةَ علىٰ الغنمِ بأعيانِها، وعلىٰ الجوارِي بأعيانِهِنَّ، وعلىٰ النخلِ بعَيْنِه، فإنْ أَعْطَوْه شاةً، أوْ جاريةً، أوْ نخلةً؛ اتَّبعَ الجاريةَ وَلَدُها، والشاةَ وَلَدُها، والنَّخْلَ ثمرتُها، ولَا يَتَّبِعُها ما كانَ قبْلَ

---

(١) وقع في الأصل: «لها»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) في الأصل: «جواري»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ مَالِهِ لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ، وَهُنَّ ثَلَاثٌ، وَلِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ؛ فَلَهُنَّ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ مِنْ خَمْسَةِ أَسْهُمٍ.

موتِ المُوصِي مِنْ قِبَلِ أنَّه إنَّما وَجَبَ له ذلكَ بالموتِ علىٰ ذلكَ الشَّيْءِ بعَيْنِه.

فإنْ كانَ الوَرَثةُ قدِ استَهْلكوا مِنَ الأولادِ والثمرةِ شيئًا، وكانَ ذلكَ بعدَ موتِ المُوصِي؛ فإنَّه يَلْزَمُهم ذلكَ له يَغرَمُونَ قيمتَه إذا اختارُوا دَفْعَ شَيْءٍ مِنْ ذلكَ، وقدْ كانَ له وَلَدٌ بعدَ الموتِ، أو ثمرةٌ قدِ استهلكُوها؛ غَرِمُوه.

فإنْ قالَ: قدْ أَوْصَيتُ بإحدىٰ جوارِيَّ هؤلاءِ، أو بشاةٍ مِنْ غَنَمِي هذه، فوَلَدَتِ الغَنَمُ والجوارِي بعدَ الموتِ؛ فلِلوَرَثةِ أنْ يُعْطُوه أيَّ الجوارِي شاءُوا، وأيَّ الغَنَمِ شاءُوا، وأيُّ ذلكَ أَعطَوْه، تَبِعَه ولدُه، فإنْ أرادُوا أنْ يُعْطُوه مِنَ الأولادِ دونَ الأُمَّهاتِ؛ لَمْ يَكُنْ لهُمْ ذلكَ.

وإنْ ماتَتِ الأمهاتُ كلُّها إلَّا واحدةً؛ كانَ حَقُّه في هذه الواحدةِ خاصَّةً عليهم أنْ يَدْفَعُوها، فإنْ كانَ لها وَلَدٌ تَبِعَها ولدُها.

وكذلكَ إنْ كانَتْ نخلةً تَبِعَها ثمرتُها، فإنْ ماتَتِ الأُمَّهاتُ كُلُّها، واحترقَ النَّخْلُ كُلُّه وقدْ بَقِيَ له ثمرةٌ، فإنَّ علىٰ الوَرَثةِ أنْ يَدفعُوها إليه أيَّ ثَمَرِ النَّخلِ شاءُوا الَّذي أَثمَرَه النَّخلُ بعدَ موتِ أبيهم، وأيَّ الأولادِ شاءُوا، ولَا تَبطُلُ وَصِيَّتُه»[1].
إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ رحمه الله في «مختصرِه».

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ مَالِهِ لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ، وَهُنَّ ثَلَاثٌ، وَلِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ؛ فَلَهُنَّ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ مِنْ خَمْسَةِ أَسْهُمٍ)، أي: قالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله في «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

ولفظُ مُحمَّدٍ فيه «عنْ يَعْقُوب عنْ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: في رَجُلٍ أَوْصَىٰ بثُلُثِ

(١) إلىٰ هنا انتهى النقل من «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٩٨/ داماد].

قال ﷺ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعَنْ مُحَمَّدٍ يُقْسَمُ عَلَىٰ سَبْعَةِ أَسْهُمٍ لَهُنَّ ثَلَاثَةٌ وَلِكُلِّ فَرِيقٍ سَهْمَانِ، وَأَصْلُهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِأُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ جَائِزَةٌ وَالْفُقَرَاءُ وَالْمَسَاكِينُ جِنْسَانِ، وَفَسَّرْنَاهُمَا فِي الزَّكَاةِ لِمُحَمَّدٍ - ﷺ - أَنَّ الْمَذْكُورَ

غاية البيان

مالِه لأُمّهاتِ أولادٍ له ثَلَاثٍ، وللفقراءِ[1] والمساكينِ، قالَ: يُقْسَم الثُّلُثُ علىٰ خمسةِ أَسْهُمٍ، لأمهاتِ أولادِه ثلاثةُ [أَسْهُمٍ][2]، وللفُقراءِ سَهْمٌ، وللمساكين سَهْمٌ»[3]. إلىٰ هنا لفظُ أصْلِ «الجامعِ الصغيرِ»، وَلَمْ يَذْكرْ فيه الخِلافَ بينَ أصحابِنا ﷺ.

وقالَ الصَّدْرُ الشهيدُ ﷺ في «[شرحِ][4] الجامعِ الصغيرِ»: «ورُوِيَ عنْ مُحمَّدٍ ﷺ في غيرِ هذا الكتابِ: أنَّه يُقْسَمُ علىٰ سبعةِ أَسْهُمٍ، سَهْمانِ للفُقَراءِ، وسَهْمانِ للمساكينَ، والثلاثةُ لَهُنَّ»[5].

وَجْهُ قولِ مُحمَّدٍ ﷺ: أنَّ الفقراءَ [٢٨٦/٨ظ/م] جَمْعٌ، فكذلكَ المساكينُ، واسمُ الجَمْعِ في بابِ الميراثِ يَتَناوَلُ الاثنينِ فصاعِدًا، أَلَا ترَىٰ إلىٰ قَوْلِه تعالىٰ: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١]، ويَحْجِبُ[6] الاثنانِ منهم فصاعِدًا الأُمَّ منَ الثُّلُثِ إلىٰ السُّدُسِ.

فعُلِم: أنَّ الاثنَيْن لهما حُكْمُ الجمعِ، فلَمَّا كانَ للاثنَيْنِ حُكْمُ الجَمْعِ في الميراثِ؛ كانَ لهما حُكْمُ الجمعِ في الوَصِيَّةِ أيضًا؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ أُخْتُ الميراثِ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما يَحصُلُ به المِلْكُ بعدَ الموتِ، وبينَ الفقيرِ والمسكينِ مُغايَرةٌ؛

(١) وقع في الأصل: «للفقراء»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٠].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٥) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص٦١١].

(٦) وقع في الأصل: «يحجب»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

لَفظُ الْجَمْعِ وَأَدْنَاهُ فِي الْمِيرَاثِ اثْنَانِ نَجِد ذَلِكَ فِي الْقُرْآنِ فكَانَ مِنْ كُلِّ فَرِيقٍ اثْنَانِ وَأُمَّهَاتُ الْأَوْلَادِ ثَلَاثٌ فَلِهَذَا يُقْسَمُ عَلَى سَبْعَةٍ.

غاية البيان

بدليلِ العطفِ في قَوْلِه تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠]؛ لأنَّ العطفَ يَقتضِي المُغايرةَ؛ لأنَّ [٥٢١/٣و] الشَّيْءَ لَا يُعْطَفُ علىٰ نفسِه، فكانَ للفُقراءِ سَهْمانِ، وللمساكينِ سَهْمانِ، وأُمَّهاتُ الأولادِ يُعْتَبَرُ فيهنَّ عَدَدُ رءوسِهِنَّ، وهُنَّ ثلاثةٌ، فيَكُونُ لَهُنَّ ثلاثةُ أسَهُمٍ، وهذا لأنَّ عددَهُنَّ محصورٌ، بخِلافِ الفُقراءِ والمساكينِ، فيَكُونُ الكُلُّ سبعةً.

ولأبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُفَ رحمهما الله: أنَّ الفُقراءَ ذُكِرتْ بلامِ التَّعريفِ، وكذلكَ المساكينُ، ولامُ التَّعريفِ يُرَادُ به الجِنْسُ إذا لَمْ يكنْ ثَمَّةَ مَعهُودٌ، والجِنْسُ يَتَناولُ الأدنىٰ معَ احتمالِ الكُلِّ.

ألَا تَرَىٰ إلىٰ قَوْلِه تعالىٰ: ﴿لَّا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعْدُ﴾ [الأحزاب: ٥٢].

وكذلكَ مَنْ حَلَفَ لَا يَتَزوَّجُ النِّساءَ؛ حَنِثَ بنكاحِ امرأةٍ واحدةٍ، وكذلكَ مَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ الناسَ؛ حَنِثَ بكَلامِ واحدٍ.

وكذلكَ مَنْ حَلَفَ لَا يشتَرِي الثِّيابَ يَقَعُ علىٰ الواحدِ، فيُعتَبَرُ مِنْ كُلِّ فريقٍ مِنَ الفُقراءِ والمساكينِ واحِدٌ، وأمَّهاتُ الأولادِ ثلاثةٌ، فيُقْسَمُ الثُّلُثُ علىٰ خمسةِ أسَهُمٍ، وعلىٰ هذا لَوْ أَوْصَىٰ بثُلُثِ مالِه لفُلانٍ والمساكينِ، يَكُونُ نِصْفُه لفُلانٍ ونِصْفُه للمساكينِ.

وعندَ مُحمَّدٍ رحمه الله: يُقْسَمُ الثُّلُثُ أثلاثًا، ثُلُثُه لفُلانٍ وثُلُثاهُ للمساكينِ».

قولُه: (وَأَدْنَاهُ فِي الْمِيرَاثِ)، احْتَرَزَ به عن فَصْلِ الزَّكاةِ؛ لأنَّه ثَمَّةَ أُرِيدَ بالجَمْعِ[1] الواحدُ بإجماعٍ بينَ أصحابِنا رحمهم الله، كما في قَوْلِه تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ

(١) وقع في الأصل: «به الجمع»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَلَهُمَا أَنَّ الْجَمْعَ الْمُحَلَّىٰ بِالْأَلِفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ الْجِنْسُ، وَأَنَّهُ يَتَنَاوَلُ الْأَدْنَىٰ مَعَ احْتِمَالِ الْكُلِّ، لَا سِيَّمَا عِنْدَ تَعَذُّرِ صَرْفِهِ إِلَى الْكُلِّ فَيُعْتَبَرُ مِنْ كُلِّ فَرِيقٍ وَاحِدٌ فَبَلَغَ الْحِسَابُ خَمْسَةً وَالثَّلَاثَةُ لِلثَّلَاثِ.

قَالَ (وَلَوْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِهِ لِفُلَانٍ وَلِلْمَسَاكِينِ[1] وَلَوْ أَوْصَىٰ لِلْمَسَاكِينِ لَهُ صَرْفُهُ

غاية البيان

لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠].

وقدْ رُوِيَ عنْ أبي يوسُفَ ﷺ: أنَّه جَعلَ الفَقِيرَ والمَسكِينَ واحدًا.

قالَ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «قالَ ابنُ سَماعةَ: سمعتُ أبا يوسُفَ ﷺ: في رَجُلٍ أَوْصَىٰ بثُلُثِ مالِه للبائسِ والفقيرِ والمسكينِ، قالَ ـ وهذا في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ ـ: الثُّلُثُ على ثلاثةِ أجزاءٍ، للبائسِ، وهوَ: الضَّريرُ الَّذي به الزَّمَانةُ إذا كانَ مُحتاجًا، والفقيرُ، وهوَ [٨/٢٨٧و/م]: المُحتاجُ الَّذي لَا يَطُوفُ بالأبوابِ، والمُسكين، وهوَ: الَّذي يَسْأَلُ ويَطُوفُ.

وقالَ أبو يوسُفَ ﷺ: هوَ على جزأَيْنِ، الفقيرُ والمسكينُ واحدٌ، والبائِسُ واحِدٌ.

وقالَ مُعَلَّىٰ في هذه المسألةِ عنْ أبي يوسُفَ: هوَ في قِياسِ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ على ثلاثةٍ: للبائِسِ منهم سَهْمٌ، وللفقيرِ سَهْمٌ، وللمسكينِ سَهْمٌ، وفي قولي[2] علىٰ اثنَيْنِ: للضَّريرِ صاحِبِ الزَّمانةِ سَهْمٌ، وللفقيرِ والمسكينِ سَهْمٌ»[3]. إلىٰ هنا لفظ الكَرْخِيِّ ﷺ في «مختصرِه».

قولُه: (قَالَ: وَلَوْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِهِ لِفُلَانٍ، وَلِلْمَسَاكِينِ؛ فَنِصْفُهُ لِفُلَانٍ، وَنِصْفُهُ

---

(١) زاد بعده في (ط) وفي نسخ غاية البيان: «فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين».

(٢) وقع في الأصل: «قول»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠١/ داماد].

وَلَوْ أَوْصَىٰ لِلْمَسَاكِينِ لَهُ صَرْفُهُ إِلَىٰ مِسْكِينٍ وَاحِدٍ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ لَا يُصْرَفُ إِلَّا إِلَىٰ مِسْكِينَيْنِ بِنَاءً عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِمِئَةِ دِرْهَمٍ، وَلِآخَرَ بِمِئَةٍ، ثُمَّ قَالَ لِآخَرَ: قَدْ أَشْرَكْتُكَ مَعَهُمَا؛ فَلَهُ ثُلُثُ كُلِّ مِئَةٍ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ لِلْمُسَاوَاةِ لُغَةً، وَقَدْ أَمْكَنَ إِثْبَاتُهُ

غاية البيان

لِلْمَسَاكِينِ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رحمه الله: ثُلُثُهُ لِفُلَانٍ، وَثُلُثَاهُ لِلْمَسَاكِينِ)، أي: قالَ مُحمَّدٌ في «الجامع الصغير»[1].

وهذا بناءٌ على ما قُلْنا في المسألةِ المُتقدِّمةِ: وهوَ أنَّ الجَمْعَ في بابِ الميراثِ يَتناوَلُ الاثنَيْنِ، فيَكُونُ للمساكينِ ثُلُثَا الثُّلُثِ عندَ محمَّدٍ رحمه الله، وثُلُثُ الثُّلُثِ لفلانٍ.

وعندَهما: اللَّامُ للجِنْسِ لعدمِ العَهْدِ، وأدْناهُ الواحدُ، فيَكُونُ النِّصْفُ منَ الثُّلُثِ للمساكينِ.

قالَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسيُّ رحمه الله: وأصْلُ هذا فيما إذا أَوْصَىٰ بثُلُثِه للمساكينِ عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُفَ رحمهما الله: للوَصِيِّ أن يَصْرِفَ الجميعَ إلىٰ مسكينٍ واحدٍ.

[٥٢١/٣ظ] وعندَ محمَّدٍ رحمه الله: ليسَ له أنْ يَصْرِفَ إلَّا إلىٰ مسكينَيْنِ فصاعدًا.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِمِئَةِ دِرْهَمٍ، وَلِآخَرَ بِمِئَةٍ، ثُمَّ قَالَ لِآخَرَ: قَدْ أَشْرَكْتُكَ مَعَهُمَا؛ فَلَهُ ثُلُثُ كُلِّ مِئَةٍ)، أيْ: قالَ في «الجامع الصَّغير»: «مُحمَّدٌ عنْ يَعْقُوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في الرَّجُلِ يُوصِي للرَّجُلِ بمئةِ دِرْهَم، ثُمَّ يُوصِي لآخَرَ بمئةِ دِرْهَم وصيتَيْنِ مُتفرِّقتَيْنِ، ثُمَّ يَقُولُ لآخَرَ: قدْ أشركْتُكَ فيما أَوْصَيتُ لهما به، قالَ: له ثُلُثُ كُلِّ مِئةٍ منهما»[2]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامع الصَّغير»، وذلكَ لأنَّ الشركةَ تَقتَضِي المُساواةَ؛ لقولِه تعالىٰ: ﴿فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٢٠].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

بَيْنَ الْكُلِّ بِمَا قُلْنَاهُ لِاتِّحَادِ الْمَالِ لِأَنَّهُ يُصِيبُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثَا مِائَةٍ ، بِخِلَافِ مَا إذَا أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِأَرْبَعِمِائَةٍ وَلِآخَرَ بِمِائَتَيْنِ ثُمَّ كَانَ الْإِشْرَاكُ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَحْقِيقُ الْمُسَاوَاةِ بَيْنَ الْكُلِّ لِتَفَاوُتِ الْمَالَيْنِ فَحَمَلْنَاهُ [٢٨٨/ظ] عَلَىٰ مُسَاوَاتِهِ كُلَّ وَاحِدٍ بِتَنْصِيفِ نَصِيبِهِ عَمَلًا بِاللَّفْظِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ.

غاية البيان

شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] ، فيَسْتوي في الثُّلُثِ الذُّكورُ والإناثُ جَمِيعًا ، فكذلكَ هاهُنا لَمَّا أضافَ الشركةَ إليهما ؛ وَجَبَ أن يساوِيَ كُلُّ واحدٍ منهما ، وذلكَ لَا يكونُ إلَّا بأنْ يُجْعَلَ له ثُلُثُ ما في يدِ كُلِّ واحدٍ منهما ؛ ليَصِيرَ له مِثْلُ ما بَقِيَ لكلِّ واحدٍ منهما.

وقالَ يَعْقُوبُ ومُحمَّدٌ ﷺ: إنْ كانَ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بأربعِ مِئةٍ ، ولآخَرَ بمئتَيْنِ ، ثُمَّ قالَ لآخَرَ: قدْ أشركتُك فيما أَوْصَيتُ لهما [٢٨٧/٨ظ/م] ؛ كانَ له نِصْفُ كُلِّ مالٍ ، بخِلافِ المسألةِ الأُولىٰ.

قالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ ﷺ **في «شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ»**: «وهذا قولُهم جَمِيعًا ، غيرَ أنَّهما لَا يَحْفظانِ نصًّا عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ ، وليسَ هذا كالأوَّلِ ؛ لأنَّ في الفصلِ الأوَّلِ أَمكَنَ التَّسويةَ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ بينَهم جَمِيعًا ، وفي الفَصْلِ الثَّاني: لَا يُمكِنُ التَّسْويةُ بينهم جَمِيعًا ، فانصرفَ إلىٰ التَّسْويةِ مع كُلِّ واحدٍ منهما ؛ لأنَّه لَمَّا أَوْصَىٰ لأحدِهما بالمئتَيْنِ ، وللآخرِ بالأربعِ مِئةٍ ؛ لَمْ تَجِبِ المُساواةُ فيما بينَهما ، فلَمَّا قالَ للثَّالثِ: أَشركتُك في وصيَّتِهما ؛ عُلِمَ أنَّه أرادَ به المُساواةَ مع كُلِّ واحدٍ منهما ، فله أنْ يَأْخُذَ من كُلِّ واحدٍ منهما نِصْفَه.

وكذلكَ لوْ أَوْصَىٰ لأحدِهما بجاريةٍ ، ولآخرَ بجاريةٍ أُخرَىٰ ، وقيمتُهما سواءٌ ؛ كانَ له نِصْفُ كُلِّ واحدةٍ منهما ؛ لأنَّ القولَ بالاستواءِ علىٰ الاجتماعِ غيرُ مُمْكِنٍ».

وقالَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ ﷺ في قياسِ قولِ أبي يوسُفَ ومُحمَّدٍ ﷺ: «له الثُّلُثُ

قَالَ: وَمَنْ قَالَ لِفُلَانٍ: عَلَيَّ دَيْنٌ، فَصَدِّقُوهُ. مَعْنَاهُ: قَالَ ذَلِكَ لِوَرَثَتِهِ؛ فَإِنَّهُ يُصَدَّقُ إِلَىٰ الثُّلُثِ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ.

غاية البيان

منْ كُلِّ واحدٍ منهما، وفي قياسِ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: له مِنْ كُلِّ واحدةٍ منهما نِصْفُها؛ لأنَّه لَا يَرَىٰ قِسمةَ الرَّقيقِ، فصارَ بمنزلةِ وصيتَيْنِ مختلفتَيْنِ، وأبو يوسُفَ ومُحمَّدٌ ﷺ يَرَيَان قِسمةَ الرَّقيقِ، فصارَ كأنَّه أَوْصَىٰ بالأَلْفِ لِهذا، وبالأَلْفِ لِهذا، ثُمَّ أَشْرَكَ ثالثًا بينَهما». كذا قالَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ ﷺ في «**شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ**»، وهذه المسائلُ مِنَ الخَواصِّ.

قولُه: (عَمَلًا بِاللَّفْظِ)، أيْ: بقولِه: **(أَشركْتُكَ)**.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ قَالَ لِفُلَانٍ: عَلَيَّ دَيْنٌ، فَصَدِّقُوهُ. مَعْنَاهُ: قَالَ ذَلِكَ لِوَرَثَتِهِ؛ فَإِنَّهُ يُصَدَّقُ إِلَىٰ الثُّلُثِ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

وصورتُه فيه: «مُحمَّدٌ عنْ يَعْقُوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الرَّجُلِ تحْضُرُه الوفاةُ، يَقُولُ لورثتِه: إنَّ لفُلانٍ عَلَيَّ دَيْنًا، فصَدِّقُوه فيما قالَ ثُمَّ يَمُوتُ، قالَ: يُصَدَّقُ فيما بينَه وبينَ الثُّلُثِ»[١].

قالَ صاحِبُ «الهدايةِ» ﷺ: (وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَفِي الْقِيَاسِ: لَا يُصَدَّقُ).

وجهُ القياسِ [٣/٥٢٢و]: أنَّه أَقَرَّ بِدَيْنٍ مجهولٍ لَا يُعرَفُ قَدْرُه، ولَا يُمْكِنُ الحُكْمُ به إلَّا بالبيانِ، وأَمْرُه بالتَّصديقِ مخالِفٌ للشَّرعِ؛ لأنَّه أَمْرٌ بتصديقِ المُدَّعِي مِنْ غيرِ حُجَّةٍ، فلَا يُعْتَبَرُ.

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ المُقِرَّ قَصَدَ بهذا الكلامِ تَقديمَ فُلانٍ علىٰ الوَرَثةِ، وهوَ مالِكٌ لذلكَ في الثُّلُثِ بطريقِ الوصيَّةِ، وهذا لأنَّه قدْ يَعرِفُ أصْلَ الحَقِّ دونَ مِقْدارِه، فيَسعَىٰ في [٨/٢٨٨و/م] تخليصِ ذمَّتِه عنه، فيَجْعَلُ ذلكَ وَصِيَّةً يَكُونُ تقديرُها

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

والقياس ألا يصدق؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْمَجْهُولِ وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا لَكِنَّهُ لَا يُحْكَمُ بِهِ إلَّا بِالْبَيَانِ وَقَوْلُهُ فَصَدِّقُوهُ صَدَرَ مُخَالِفًا لِلشَّرْعِ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ لَا يُصَدَّقُ إلَّا بِحُجَّةٍ فَتَعَذَّرَ إثْبَاتُهُ إقْرَارًا مُطْلَقًا فَلَا يُعْتَبَرُ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ مِنْ قَصْدِهِ تَقْدِيمَهُ عَلَى الْوَرَثَةِ وَقَدْ أَمْكَنَ تَنْفِيذُ قَصْدِهِ بِطَرِيقِ الْوَصِيَّةِ وَقَدْ يَحْتَاجُ إلَيْهِ مَنْ يَعْلَمُ بِأَصْلِ الْحَقِّ عَلَيْهِ دُونَ مِقْدَارِهِ سَعْيًا مِنْهُ فِي تَفْرِيغِ ذِمَّتِهِ فَيَجْعَلُهَا وَصِيَّةً جَعَلَ التَّقْدِيرَ فِيهَا إلَى الْمُوصَى لَهُ كَأَنَّهُ قَالَ إذَا جَاءَكُمْ فُلَانٌ وَادَّعَى شَيْئًا فَأَعْطُوهُ مِنْ مَالِي مَا شَاءَ، وَهَذِهِ مُعْتَبَرَةٌ مِنْ الثُّلُثِ فَلِهَذَا يُصَدَّقُ عَلَى الثُّلُثِ دُونَ الزِّيَادَةِ.

غاية البيان

إلى المُوصَى له يقدِّرُها بما شاءَ.

فكأنَّه قالَ: إذا جاءَكُم فُلانٌ وادَّعى منْ مالي فأعطُوه ما شاءَ، ولوْ قالَ هكذا صَحَّ كلامُه، ويَكُونُ إنفاذُه منَ الثُّلُثِ لَا غيرَ، فكذا هذا لأنَّه وَصيةٌ، والوَصِيَّةُ جوازُها في الثُّلُثِ.

قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ»: «فإنْ كانَ أَوْصَى مع ذلكَ بوصايا؛ عُزِلَ الثُّلُثُ لأصحابِ الوصايا، والثُّلثانِ لِلوَرَثةِ، وقيلَ لأصحابِ الثُّلُثِ: أَقِرُّوا له بما شِئْتُم، وقيلَ لِلوَرَثةِ: أَقِرُّوا له بما شِئْتُم، فيُؤخَذُ أصحابُ الوصايا بثُلُثِ ما أَقَرُّوا، والورثةُ بثُلُثَيْ[1] ما أَقَرُّوا»[2].

وذلكَ لأنَّ حَقَّ أصحابِ الوصايا معلومٌ، وهوَ الثُّلُثُ، وحقَّ الوَرَثةِ أيضًا معلومٌ، وهوَ الثُّلُثانِ، فأمَّا حَقُّ هذا الرَّجُلِ ليسَ بدَيْنٍ معلومٍ، ولَا وَصِيَّةٍ معلومةٍ، لكنَّه دَيْنٌ في حقِّ المُستَحَقِّ، وَصِيَّةٌ في حَقِّ التَّنفيذِ.

فإذا أَقررْنا الثُّلُثَ والثُّلُثينِ قُلْنا: إنَّ في التَّركةِ دَيْنًا شائعًا في النَّصِيبَيْنِ، في

(١) وقع في الأصل: «بثلث»، والمثبت من: «فا٢»، و«م».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٢].

(وَإِنْ أَوْصَىٰ بِوَصَايَا غَيْرِ ذَلِكَ يُعْزَلُ الثُّلُثُ لِأَصْحَابِ الْوَصَايَا وَالثُّلُثَانِ لِلْوَرَثَةِ) لِأَنَّ مِيرَاثَهُمْ مَعْلُومٌ. وَكَذَا الْوَصَايَا مَعْلُومَةٌ وَهَذَا مَجْهُولٌ فَلَا يُزَاحِمُ الْمَعْلُومَ فَيُقَدَّمُ عَزْلُ الْمَعْلُومِ، وَفِي الْإِفْرَازِ فَائِدَةٌ أُخْرَىٰ وَهُوَ أَنَّ أَحَدَ الْفَرِيقَيْنِ قَدْ يَكُونُ أَعْلَمَ بِمِقْدَارِ هَذَا الْحَقِّ وَأَبْصَرَ بِهِ، وَالْآخَرُ أَلَدُّ خِصَامًا، وَعَسَاهُمْ يَخْتَلِفُونَ فِي الْفَضْلِ إِذَا ادَّعَاهُ الْخَصْمُ وَبَعْدَ الْإِفْرَازِ يَصِحُّ إِقْرَارُ كُلِّ وَاحِدٍ فِيمَا فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ مُنَازَعَةٍ.

غاية البيان

نَصِيبِ المُوصَىٰ له، وفي نَصِيبِ الوَرَثةِ، فيُؤْمَرُ كُلُّ فريقٍ بالبيانِ، ثُمَّ يُؤخَذُ أصحابُ الوصايا بثُلُثِ ما أَقَرُّوا؛ لأنَّ ما يَأخُذُه الرَّجُلُ وَصِيَّةٌ في حقِّهم، وما فَضَلَ مِنَ الثُّلُثِ يَكُونُ لهم[1]، ويُؤخَذُ الوَرَثةُ بثُلُثَيْ ما أَقَرُّوا، وما فَضَلَ مِنَ الثلثَيْنِ يَكُونُ للورثةِ؛ لأنَّ الدَّيْنَ المُقَرَّ به صارَ مَقْضِيًا، فَلَمْ يَبْقَ للمُقَرِّ له بالدَّيْنِ حَقٌّ في الوَصِيَّةِ والميراثِ.

حتَّىٰ إذا قالَ المُوصَىٰ له: إنَّ الدَّيْنَ مِئةٌ؛ يُعْطَىٰ المُقَرُّ له بدَيْنٍ مَجهولٍ ثُلُثَ المِئةِ[2] مِمَّا في يدِ المُوصَىٰ له، فإنْ فَضَل شَيْءٌ يَكُونُ له وإلَّا فَلَا، وإنْ قالَ الوَرَثةُ: الدَّيْنُ ثَلاثُ مِئةٍ؛ يُعْطَىٰ المُقَرُّ له بدَيْنٍ مجهولٍ ثُلُثَا ذلكَ، وهوَ المِئتانِ مِمَّا في أيدِ الوَرَثةِ، فإنْ فَضَلَ شَيْءٌ يكونُ لهم وإلَّا فَلَا.

وفي الإفرازِ فائدةٌ أُخرَىٰ: وهيَ أنَّ أحدَ الفريقَيْنِ قدْ يَكُونُ أَعْرَفَ لِلْحَقِّ وأَبصَرَ له، والآخَرُ أَلَدَّ وأَلَحَّ، ويَجُوزُ أنْ يَختلِفُوا على الفَضْلِ إنِ ادَّعىٰ الخَصْمُ ذلكَ، وبعدَ الإفرازِ يَصِحُّ إقرارُ كُلِّ فريقٍ بما في يدِه بلا نِزاعٍ.

قالُوا: وعلىٰ كُلِّ فريقٍ مِنَ المُوصَىٰ له والوَرَثةِ اليَمِينُ علىٰ العِلمِ إنِ ادَّعَىٰ المُقَرُّ له بالدَّيْنِ زيادةً علىٰ ذلكَ؛ لأنَّه اليَمينُ علىٰ ما جَرَىٰ بينَه وبينَ الغيرِ، لَا

(١) وقع في الأصل: «له»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) وقع في الأصل: «المال»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(وَإِذَا عَزَلَ يُقَالُ لِأَصْحَابِ الْوَصَايَا صَدِّقُوهُ فِيمَا شِئْتُمْ وَيُقَالُ لِلْوَرَثَةِ صَدِّقُوهُ فِيمَا شِئْتُمْ) لِأَنَّ هَذَا دَيْنٌ فِي حَقِّ الْمُسْتَحِقِّ وَصِيَّةٌ فِي حَقِّ التَّنْفِيذِ، فَإِذَا أَقَرَّ كُلُّ فَرِيقٍ بِشَيْءٍ ظَهَرَ أَنَّ فِي التَّرِكَةِ دَيْنًا شَائِعًا فِي النَّصِيبَيْنِ (فَيُؤْخَذُ أَصْحَابُ الثُّلُثِ بِثُلُثِ مَا أَقَرُّوا وَالْوَرَثَةُ بِثُلُثَيْ مَا أَقَرُّوا) تَنْفِيذًا لِإِقْرَارِ كُلِّ فَرِيقٍ فِي قَدْرِ حَقِّهِ وَعَلَى كُلِّ فَرِيقٍ مِنْهُمَا الْيَمِينُ عَلَى الْعِلْمِ إنْ ادَّعَى الْمُقَرُّ لَهُ زِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ لِأَنَّهُ يَحْلِفُ [على][1] مَا جَرَى بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ.

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ وَلِوَارِثِهِ؛ فَلِلْأَجْنَبِيِّ نِصْفُ الْوَصِيَّةِ، وَتَبْطُلُ وَصِيَّةُ الْوَارِثِ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى بِمَا يَمْلِكُ الْإِيصَاءَ بِهِ وَبِمَا لَا يَمْلِكُ فَصَحَّ فِي الْأَوَّلِ

غاية البيان

على فِعْلِ نفسِه، فلَا يَحْلِفُ على البَتاتِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ وَلِوَارِثِهِ؛ فَلِلْأَجْنَبِيِّ نِصْفُ [٢٨٨/٨ظ/م] الْوَصِيَّةِ، وَتَبْطُلُ وَصِيَّةُ الْوَارِثِ)، أَيْ: قالَ محمَّدٌ رحمه الله في «الجامعِ الصَّغيرِ».

وصورتُها فيه: «مُحمَّدٌ عنْ يَعْقُوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه أنَّه قالَ: إذا أَوْصَى لوارِثٍ ولأَجْنَبِيٍّ بوصيَّةٍ؛ جازتْ وَصِيَّةُ الأَجْنَبِيِّ، وبطلَتْ وَصِيَّةُ الوارِثِ»[2]. إلى هنا لفظُ أصْلِ «الجامعِ الصَّغيرِ»، وذلكَ لأنَّ الإيصاءَ إنشاءُ تَصرُّفٍ، وابتداءُ إيجابٍ، فيَصِحُّ في حَقِّ مَنْ يَسْتحِقُّه، ولَا يَصِحُّ في حَقِّ مَنْ لَا يَسْتحِقُّه، ولَا يَبْطُلُ حَقُّ أحدِهما ببُطلانِ حَقِّ الآخرِ؛ لأنَّ الشَّركةَ بينَهما مِنْ[3] حُكْمِ الإيجابِ، وقدْ تَعذَّرَ [٥٢٢/٣ظ] الإيجابُ[4] في حَقِّ أحدِهما، فلَا يَلْزَمُ منْ ذلكَ أنْ يَتعذَّرَ الإيجابُ في حَقِّ الآخرِ؛ لأنَّه ابتداءٌ وتصرُّفٌ.

---

(١) ليس بالأصل.
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٢٢].
(٣) وقع في الأصل: «و»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٤) وقع في الأصل: «حكم الإيجاب»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَبَطَلَ فِي الثَّانِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لِحَيٍّ وَمَيِّتٍ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْوَصِيَّةِ فَلَا يَصْلُحُ مُزَاحِمًا فَيَكُونُ الْكُلُّ لِلْحَيِّ وَالْوَارِثُ مِنْ أَهْلِهَا وَلِهَذَا تَصِحُّ بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ فَافْتَرَقَا، وَعَلَى هَذَا إِذَا أَوْصَى لِلْقَاتِلِ وَلِلْأَجْنَبِيِّ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ لِوَارِثِهِ وَلِلْأَجْنَبِيِّ حَيْثُ لَا يَصِحُّ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ أَيْضًا. لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إِنْشَاءُ تَصَرُّفٍ وَالشَّرِكَةَ تُثْبِتُ حُكْمًا لَهُ فَتَصِحُّ فِي حَقِّ مَنْ يَسْتَحِقُّهُ مِنْهُمَا وَأَمَّا الْإِقْرَارُ فَإِخْبَارٌ عَنْ كَائِنٍ، وَقَدْ أَخْبَرَ بِوَصْفِ الشَّرِكَةِ فِي الْمَاضِي.

غاية البيان

وعلى هذا إذا أَوْصَى للقاتلِ وللأَجْنَبيِّ، بخلافِ ما إذا أَوْصَى لِحَيٍّ ومَيِّتٍ. حيثُ يَكُونُ كُلُّ الوَصِيَّةِ للحَيِّ؛ لأنَّ المَيِّتَ ليسَ بأهلٍ للوصيَّةِ؛ لأنَّه لا يَصْلُحُ مالِكًا، وبخلافِ ما لوْ أَقَرَّ المريضُ لوارِثه وللأَجْنَبيِّ بعَيْنٍ، أو دَيْنٍ، فجَحَدَ الأَجْنَبيُّ مُشاركةَ الوارِثِ، أو رَدَّ الوارِثُ الإقرارَ؛ لَمْ يَصِحَّ نَصِيبُ[1] الأَجْنَبيِّ عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُفَ رضي الله عنهما.

وقالَ مُحمَّدٌ رحمه الله: يَصِحُّ نَصِيبُ الأَجْنَبيِّ.

وإنْ لَمْ يَجْحَدِ الشَّركةَ لَمْ يَصِحَّ في قولِهم؛ لأنَّ الإقرارَ ليسَ بتمليكٍ مُبْتَدَأ، بَلْ هوَ إخبارٌ عنْ ماضٍ، فيَسْتَدْعِي مُخْبَرًا به، والمُخْبَرُ به هوَ الدَّيْنُ المشترَكُ، ولَا سبيلَ إلى إثباتِه بالاشتراكِ؛ لأنَّه يَصِيرُ الوارِثُ فيه شريكًا، ولَا سبيلَ إلى إثباتِه بلا اشتراكٍ؛ لأنَّه خِلافُ ما أَخبَرَ به المُقِرُّ، فإذا لَمْ يَصِحَّ المُخبَرُ به، وهوَ بمنزلةِ العِلَّةِ؛ لَمْ يَصِحَّ الخبَرُ، وهوَ بمنزلةِ الحُكْمِ؛ لأنَّه بناءٌ على ذلكَ.

وَجْهُ قولِ مُحمَّدٍ رحمه الله: أنَّ الإقرارَ للأَجْنَبيِّ صحيحٌ، وإنَّما يَبْطُلُ بشركةِ الوارِثِ، فإذا جَحَدَ شركةَ الوارِثِ؛ لَمْ تَحْصُلِ الشركةُ، فصَحَّ الإقرارُ، فأمَّا إذا صدَّقَه؛ فقدْ أَثبتَ الشركةَ بفِعْلِه، فيَصِيرُ مُسْقِطًا لحقِّ نفسِه.

(١) وقع في الأصل: «نصف»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَلَا وَجْهَ إِلَىٰ إِثْبَاتِهِ بِدُونِ هَذَا الْوَصْفِ لِأَنَّهُ خِلَافُ مَا أَخْبَرَ بِهِ، وَلَهَا إِلَىٰ إِثْبَاتِ الْوَصْفِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ الْوَارِثُ فِيهِ شَرِيكًا وَلِأَنَّهُ لَوْ قَبَضَ [٢٨٩/و] الْأَجْنَبِيُّ شَيْئًا كَانَ لِلْوَارِثِ أَنْ يُشَارِكَهُ فَيَبْطُلَ فِي ذَلِكَ الْقَدْرِ ثُمَّ لَا يَزَالُ يَقْبِضُ وَيُشَارِكُهُ الْوَارِثُ حَتَّىٰ يَبْطُلَ الْكُلُّ فَلَا يَكُونُ مُفِيدًا وَفِي الْإِنْشَاءِ حِصَّةُ أَحَدِهِمَا مُمْتَازَةٌ عَنْ حِصَّةِ الْآخَرِ بَقَاءً وَبُطْلَانًا.

غاية البيان

قالَ الحاكمُ الشهيدُ ﵀ في «الكافي»: «وإذا أَوْصَىٰ الرَّجُلُ بعَبْدِه لبعضِ ورثتِه ولأَجْنَبيٍّ؛ جازتْ حِصْةُ الأَجْنَبيِّ، وبَطَلَ حِصّةُ الوارِثِ، وكذلكَ الوَصِيَّةُ للقاتلِ وللأَجْنَبيِّ»(١).

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجابِيُّ ﵀ في «شرحِ الكافي»: «ومِنَ النَّاسِ مَنْ قالَ: تُصْرَفُ الوَصِيَّةُ كُلُّها إلىٰ الأَجْنَبيِّ؛ لأنَّ القاتلَ والوارِثَ لَا يَصْلُحُ مُستَحِقًّا، فصارَ كما لو أَوْصَىٰ لِحَيٍّ ومَيِّتٍ».

قالَ: «والصَّحيحُ [٨/٢٨٩و/م] ما قالَ في الكِتابِ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ للوارِثِ أوْ للقاتلِ ليسَ بباطلةٍ، ولِهذا يَجُوزُ بإجازةِ الورثةِ، فإذا أضافَ إليهما انقَسَمَ عليها، ثُمَّ بَطَلَ بالرَّدِّ في حَقِّ أحدِهما، وبَقِيَ في حَقِّ(٢) الآخرِ بحصَّتِه، كما إذا أَوْصَىٰ لأجنبِيَّيْنِ بعَبْدٍ، ثُمَّ رَدَّ أحدُهما أو ماتَ؛ لَمْ يَكْمُلْ حَقُّ الآخرِ، كذا هذا.

وهذا بخِلافِ ما إذا أَقَرَّ لوارِثٍ وأَجْنَبيٍّ: أنَّه لَا يَصِحُّ في حَقِّ الأَجْنَبيِّ [أيضًا؛ لأنَّ الصحةَ في حَقِّ الأَجْنَبيِّ](٣) تُؤَدِّي إلىٰ الفَسادِ، وفي الثَّاني؛ لأنَّه لو صَحَّ في حَقِّ الأَجْنَبيِّ؛ لشَارَكَه الوارِثُ، ثُمَّ بَطَلَ في حِصَّتِه، ثُمَّ يُشارِكُه، ثُمَّ تَبْطُلُ حِصَّتُه،

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٤٣].

(٢) وقع في الأصل: «حصة»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

وَمَنْ كَانَ لَهُ ثلاثةُ أثوابٍ: جيّدٌ، ووسطٌ، ورديءٌ، فأوصى بِكُلِّ واحدٍ لِرَجُلٍ، فضاعَ ثوبٌ، ولا يدري أيّها هُو، والورثةُ تجحدُ ذلك؛ فالوصيةُ باطلةٌ

غاية البيان

فلَا يَزَالُ هكذا إلى أن يَبْطُلَ كُلُّه، وفي الإيصاءِ ـ وهوَ الإنشاءُ ـ لا يتأتَّى هذا؛ لأنَّ حِصَّةَ أحدِهما مُمتازةٌ عنِ الآخرِ بقاءً وبُطلانًا. أعْني: تَبْقى الوَصِيَّةُ صحيحةً في حَقِّ الأَجْنَبيِّ، وتَبْطُلُ في حَقِّ الوارِثِ».

قولُه: (قالَ: وَمَنْ كَانَ لَهُ ثلاثةُ أثوابٍ: جيّدٌ، ووسطٌ، ورديءٌ، فأوصى بكُلِّ وَاحِدٍ لِرَجُلٍ، فضاعَ ثوبٌ، ولا يدري أيّها[1] هُو، والورثةُ تجحدُ ذلك؛ فالوصيةُ باطلةٌ)، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ».

وصورتُها فيه: «مُحمَّدٌ عنْ يَعْقُوبَ عنْ أبي حَنيفةَ ﷺ: في رَجُلٍ أَوْصَى لثلاثةِ نَفَرٍ، فقالَ: لفُلانٍ هذا الثوبُ الجيّدُ، ولفُلانٍ رَجُلٍ آخرَ هذا الثوبُ الوَسَطُ، ولفُلانٍ رَجُلٍ آخرَ هذا الثوبُ [٥٢٣/٣و] الرَّديءُ، ثُمَّ ماتَ المُوصِي، ثُمَّ هلَكَ واحدٌ مِنَ الثلاثةِ الأثوابِ، لَا يُدْرَى أيُّها هلَكَ، والوَرَثةُ تَجحَدُ، قالَ: الوَصِيَّةُ باطلةٌ، إلَّا أنْ تَقُولَ الوَرَثةُ: قدْ سَلَّمْنا هذيْنِ الثوبَيْنِ، فيَقتسِمُونَها على قَدْرِ وصاياهم، فإذا قالوا ذلكَ فإنَّ لصاحِبِ الجيِّدِ ثُلُثَيْ هذا الجَيِّدِ، ولصاحِبِ الأَوْكَسِ ثُلُثَيْ هذا الأَوْكَسِ، ولصاحِبِ الأوسطِ ثُلُثَ هذا الجيِّدِ [الَّذي بَقِيَ][2]، وثُلُثَ هذا الأَوْكَسِ»[3]. إلى هنا لفظُ أصْلِ «الجامعِ الصَّغيرِ».

قالُوا في «شروحِ الجامعِ الصَّغيرِ»: المرادُ بهذا: أنَّ الوَرَثةَ يَجْحَدُونَ بقاءَ حَقِّ كُلِّ واحدٍ منهم بعَيْنِه، ويَقُولُونَ: حَقُّ واحدٍ منكم باطِلٌ، ولَا نَدرِي مَنْ بَطَلَ حَقُّه، ومَنْ بَقِيَ حَقُّه، وإنَّما بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ؛ لأنَّ المُوصَى له صارَ مجهولًا، وجَهالةُ

(١) وقع في الأصل: «أيهم»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».
(٣) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/٥٢٢ ـ ٥٢٣].

وَمَعْنَى جُحُودَهُمْ أَنْ يَقُولَ الْوَارِثُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِعَيْنِهِ الثَّوْبُ الَّذِي هُوَ حَقُّك قَدْ هَلَكَ فَكَانَ الْمُسْتَحَقُّ مَجْهُولًا وَجَهَالَتُهُ تَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَضَاءِ وَتَحْصِيل الْمَقْصُودِ فَبَطَلَ.

غاية البيان

المُوصَى له تَمْنَعُ صحَّةَ الوَصِيَّةِ، كما لوْ أَوْصَى لأحدِ هذَيْنِ الرجُلَيْنِ بكذا.

فإنْ قالَتِ الوَرَثةُ: سَلَّمْنا لكُمْ هذَيْنِ [٨/٢٨٩ظ/م] الثوبَيْنِ، فاقْتسِمُوها بينَكُم صَحَّ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ كانَتْ صحيحةً، وإنَّما بَطَلَتْ بجَهالةٍ طارئةٍ تُوجِبُ مُنازعةً، وهيَ تَحْتَمِلُ الزَّوالَ بالتَّسليمِ منَ الورثةِ، فإذا سَلَّمُوا صَحَّتِ الوصايا، وعادَتْ إلى الصحةِ، وكانَ لصاحِبِ الجيدِ ثُلُثا الجيِّدِ الَّذي بَقِيَ، ولصاحِبِ الرَّدِيءِ ثُلُثا الرَّدِيءِ الَّذي بَقِيَ.

ولصاحِبِ الوسطِ ثُلُثُ كُلِّ واحدٍ منَ الثوبَيْنِ الباقِيَيْنِ؛ لأنَّ صاحِبَ الرَّدِيءِ لَا حَقَّ له في الجيِّدِ بيقينٍ؛ لأنَّ الجيِّدَ الباقي إمَّا وَسَطٌ، أوْ جَيِّدٌ في الواقعِ، ولَا حَقَّ لصاحِبِ الرَّدِيءِ فيهما، وصاحِبُ الجَيِّدِ لَا حَقَّ له في الرَّدِيءِ بيقينٍ؛ لأنَّ الرَّدِيءَ الباقي إمَّا وَسَطٌ، أوْ رَدِيءٌ في الواقعِ، ولَا حَقَّ لصاحِبِ الجَيِّد فيهما.

وإنَّما المُشْكِلُ حَقُّ صاحِبِ الوسطِ؛ لأنَّ الثوبَ الهالِكَ إنْ كانَ أرفعَ منْ هذَيْنِ الباقِيَيْنِ؛ كانَ حَقُّ صاحِبِ الوسط في الجَيِّدِ الباقي، وإنْ كانَ أردأَ مِنَ الباقِيَيْنِ كانَ حَقُّه في الرّدِيءِ الباقي؛ لأنَّه وَسَطٌ في الواقعِ، فتَرَدَّدُ حَقُّه في الثوبَيْنِ تَعلَّقَ بهذا مرَّةً، وبالآخرِ مرَّةً.

وحقُّ صاحِبِ الجيِّدِ وصاحِبِ الرَّدِيءِ لَا يَتَرَدَّدُ، فلهذا جُعِلَ لكلِّ واحدٍ منهما حَقٌّ مُتَعَيِّنٌ في أحدِ الثوبَيْنِ، وجُعِلَ لصاحِبِ الوسطِ ثُلُثُ كُلِّ واحدٍ منَ الثوبيْنِ، إذْ كُلُّ واحدٍ مِنَ الثوبَيْنِ في حالِ بقاءِ حَقِّه يَحتَمِلُ أنْ يَكُونَ وَسَطًا، فَلَمْ يَتعَيَّنْ حَقُّه في أحدِ الثوبَيْنِ، بَلْ تَفَرَّقَ حَقُّه فيهما، فأخَذ ثُلُثَ كُلِّ واحدٍ منهما.

قولُه: (وَتَحْصِيلَ الْمَقْصُودِ)، أيْ: جهالةُ المُسْتَحِقِّ تَمْنَعُ تحصيلَ مقصودِ

إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَ الْوَرَثَةُ الثَّوْبَيْنِ الْبَاقِيَيْنِ، فَإِنْ سَلَّمُوا زَالَ الْمَانِعُ وَهُوَ الْجُحُودُ فَيَكُونُ لِصَاحِبِ الْجَيِّدِ ثُلُثَا الثَّوْبِ الْأَجْوَدِ، وَلِصَاحِبِ الْأَوْسَطِ ثُلُثُ الْجَيِّدِ وَثُلُثِ الْأَدْوَنِ فَثَبَتَ الْأَدْوَنُ، وَلِصَاحِبِ الْأَدْوَنِ ثُلُثَا الثَّوْبِ الْأَدْوَنِ) لِأَنَّ صَاحِبَ الْجَيِّدِ لَا حَقَّ لَهُ فِي الرَّدِيءِ بِيَقِينٍ، لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ وَسَطًا أَوْ رَدِيئًا وَلَا حَقَّ لَهُ فِيهِمَا، وَصَاحِبَ الرَّدِيءِ لَا حَقَّ لَهُ فِي الْجَيِّدِ الْبَاقِي بِيَقِينٍ، لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ جَيِّدًا أَوْ وَسَطًا وَلَا حَقَّ لَهُ فِيهِمَا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الرَّدِيءُ هُوَ الرَّدِيءُ الْأَصْلِيُّ فَيُعْطَى مِنْ مَحِلِّ الِاحْتِمَالِ، وَإِذَا ذَهَبَ ثُلُثَا الْجَيِّدِ وَثُلُثَا الْأَدْوَنِ لَمْ يَبْقَ إِلَّا ثُلُثُ الْجَيِّدِ وَثُلُثُ الرَّدِيءِ فَيَتَعَيَّنُ حَقُّ صَاحِبِ الْوَسَطِ فِيهِ بِعَيْنِهِ ضَرُورَةً.

قَالَ: وَإِذَا كَانَتِ الدَّارُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَأَوْصَى أَحَدُهُمَا بِبَيْتٍ بِعَيْنِهِ لِرَجُلٍ؛ فَإِنَّهَا تُقْسَمُ، فَإِنْ وَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ الْمُوصِي؛ فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ نِصْفُهُ لِلْمُوصَى لَهُ.

غاية البيان

المُوصِي، وهوَ إتمامُ غَرضِه.

قولُه: (قَالَ: إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَ الْوَرَثَةُ الثَّوْبَيْنِ الْبَاقِيَيْنِ)، أيْ: قالَ في «**الجامع الصَّغير**»[1]، وهذا استثناءٌ منْ قَوْلِه: (فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ)، والبيانُ مَرَّ مُسْتَوْفًى.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كَانَتِ الدَّارُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، أَوْصَى أَحَدُهُمَا بِبَيْتٍ بِعَيْنِهِ لِرَجُلٍ؛ فَإِنَّهَا تُقْسَمُ، فَإِنْ وَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ الْمُوصِي؛ فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رضي الله عنهما.

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رضي الله عنه: نِصْفُهُ لِلْمُوصَى لَهُ.

(١) ينظر: المصدر السابق [ص/ ٥٢٣].

وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ؛ فَلِلْوَصِيِّ لَهُ مِثْلُ ذَرْعِ نِصْفِ الْبَيْتِ[1]، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: مِثْلُ ذَرْعِ نِصْفِ الْبَيْتِ[2] أَنَّهُ أَوْصَىٰ

غاية البيان

وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ؛ فَلِلْوَصِيِّ لَهُ مِثْلُ ذَرْعِ نِصْفِ الْبَيْتِ، وَهَذَا [٥٢٣/٣ظ] عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رضي الله عنه.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رضي الله عنه: مِثْلُ ذَرْعِ نِصْفِ الْبَيْتِ)[3]، أي: قالَ [مُحمَّدٌ][4] في «الجامعِ الصَّغيرِ»: «عنْ يَعْقُوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في دارٍ بينَ رجُلَيْنِ، أَوْصَىٰ أحدُهما ببيتٍ بعَيْنِه لِرَجُلٍ ثُمَّ ماتَ، قالَ: إذا قُسِّمَتِ الدارُ، فإنْ [٢٩٠/٨و/م] وَقَعَ البيتُ في نَصِيبِ المَيِّتِ؛ كانَ البيتُ لصاحِبِ الوصيةِ، وإنْ وقَعَ في نَصِيبِ الآخرِ؛ كانَ لصاحِبِ الوَصِيَّةِ مِثْلُ ذَرْعِ البيتِ كُلِّه فيما أصابَ المُوصَىٰ المَيِّتَ في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُفَ رضي الله عنهما. وقالَ مُحَمَّدٌ رضي الله عنه: له نِصْفُ البيتِ إنْ وَقَعَ في نَصِيبِ الَّذي أَوْصَىٰ به، وإنْ وَقَعَ في نَصِيبِ الآخرِ؛ كانَ له مِثْلُ نِصْفِ ذَرْعِه»[5]. إلىٰ هنا لفظُ أصْلِ «الجامعِ الصَّغيرِ».

وجهُ قولِ مُحمَّدٍ رضي الله عنه: أنَّه أَوْصَىٰ بما يَمْلِكُه، وبما لَا يَمْلِكُه؛ لأنَّ البيتَ مُشْتَرَكٌ بينَه وبينَ صاحبِه، فتَنْفُذُ الوَصِيَّةُ فيما يَمْلِكُه، وهوَ نَصِيبُه، ولَا تَنْفُذُ فيما لَا يَمْلِكُه، وهوَ نَصِيبُ صاحبِه.

غايةُ ما في البابِ: أنَّه يَمْلِكُ البيتَ بعدَ القِسمةِ إذا وَقَعَ البيتُ في نَصِيبِه، ولكنِ القِسمةُ مُبادلةٌ؛ لأنَّه أَخَذَ البيتَ بَدَلًا عنْ نَصِيبِه مِمَّا في يدِ صاحبِه، فلَا تَنْفُذُ

---

(١) في الأصل: «الثلث».

(٢) في الأصل: «قال محمد مثل ذرع الثلث له» والمثبت من نسخ غاية البيان.

(٣) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٤٥٦/١٠]، «البناية شرح الهداية» [٤٣٤/١٣]، «تكملة فتح القدير» [٤٥٦/١٠].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

(٥) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٣].

بِمِلْكِهِ وَبِمِلْكِ غَيْرِهِ، لِأَنَّ الدَّارَ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا مُشْتَرَكَةٌ فَيَنْفُذُ الْأَوَّلُ وَيُوقَفُ الثَّانِي، وَهُوَ أَنَّ مِلْكَهُ بَعْدَ ذَلِكَ بِالْقِسْمَةِ الَّتِي هِيَ مُبَادَلَةٌ لَا تَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ السَّالِفَةُ،

غاية البيان

الوَصِيَّةُ السابقةُ في المِلْكِ الحادثِ بعدَ الوَصِيَّةِ في المُوصَىٰ به، كما إذا أَوْصَىٰ بمِلْكِ الغيرِ، ثُمَّ مَلَكَه بوجهٍ منَ الوجوهِ، حيثُ لَا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ، فكذلكَ هاهنا، ثُمَّ إذا وقَعَ البيتُ في نَصِيبِ المُوصِي؛ يَأخُذُ المُوصَىٰ له نِصْفُ البيتِ؛ لأنَّه قَدْرُ ما يَمْلِكُ[1] إيصاءَه في عَيْنِ البيتِ.

وإنْ وَقَعَ البيتُ في نَصِيبِ صاحبِه؛ يَأخُذُ المُوصَىٰ له مِن نَصِيبِ المُوصِي مِقْدارَ ذَرْعِ نَصِفِ البيتِ؛ تنفيذًا لِلْوصيةِ في بَدَلِ المُوصَىٰ [له][2] به عندَ تعذُّرِ الأَصْلِ، كما إذا قُتِلَ العبدُ المُوصَىٰ به خطَأً؛ تَنْفُذُ الوَصِيَّةُ في بَدَلِه، بخِلافِ ما إذا باعَ المُوصِي العبدَ، حيثُ لَا تَتعلَّقُ الوَصِيَّةُ بثمنِه؛ لأنَّ البَيْعَ دليلُ الرُّجوعِ، فتَبْطُلُ الوَصِيَّةُ أصلًا، ولَا تَبْطُلُ بالقِسمةِ؛ لأنَّه ليسَ بدليلٍ علىٰ الرجوعِ.

ووجهُ **قَوْلِهما**: أنَّ إيجابَ الوَصِيَّةِ في البيتِ تَناوَلَ مِلْكَ المُوصِي علىٰ الاحتمالِ؛ لأنَّ الحالَ مُتردِّدٌ وَقْتَ الإيصاءِ بينَ أنْ يَقَعَ هذا البيتُ في نَصِيبِه، وبينَ أن يَقَعَ في نَصِيبِ شريكِه، فيَتوقَّفُ حُكْمُ الوَصِيَّةِ علىٰ القِسمةِ، فيَكُونُ ذلكَ وَصِيَّةً بما يَستَقِرُّ مِلْكُه بالقِسمةِ؛ لأنَّ مِلْكَ المُوصِي علىٰ اعتبارِ القِسمةِ هوَ المِلْكُ التَّامُّ الكاملُ المُنتفَعُ به؛ لأنَّ الانتفاعَ بالمُشَاعِ قاصِرٌ.

والظَّاهرُ أنَّ المُوصِيَ قَصَدَ الإيصاءَ بالمِلْكِ الكاملِ انتفاعُه، فصارَ كأنَّ المُوصِيَ قالَ: هذا البيتُ لفُلانٍ إنْ وقَعَ في قِسْمي، وإنْ لَمْ يَقَعْ [في قِسْمي][3] فله

---

(١) وقع في الأصل: «يملكه»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من «ن»، و«غ».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

كَمَا إِذَا أَوْصَىٰ بِمِلْكِ الْغَيْرِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، ثُمَّ إِذَا اقْتَسَمُوهَا وَوَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ[1] صَاحِبِهِ لَهُ مِثْلُ ذَرْعِ نِصْفِ الْبَيْتِ تَنْفِيذًا لِلْوَصِيَّةِ فِي بَدَلِ الْمُوصَىٰ بِهِ

غاية البيان

مِثْلُ ذلكَ، ولوْ أنَّه أفصَحَ بذلكَ [٢٩٠/٨ظ/م]؛ فله مِثْلُ ذلكَ إذا لَمْ يَقَعْ في قِسْمِه[2]، فكذا هُنا.

تحقيقُه: أنَّ القِسمةَ إفرازٌ وتَعْيينٌ للمِلْكِ أينَما وُجِدَتْ، إلَّا أنَّ معنىٰ المُبادَلةِ في الأشياءِ المُتفاوِتةِ غالِبٌ، والأجزاءُ هاهنا مُتفاوِتةٌ، فاحْتِيجَ إلىٰ القضاءِ، أوِ الرضا لِيَلْحقَ بما لَا يَتفاوَتُ أجزاؤُه، ولَمَّا أُلحِقَ بذلكَ بالتَّراضي، أو القضاءِ الَّذي هوَ واجِبٌ لضرورةِ تكميلِ المنفعةِ؛ بَقِيَ في ذلكَ شُبْهةُ المُبادلةِ، فوَجَبَ العملُ بالشُّبهةِ فيما يَختَصُّ بالشُّبهةِ لَا غيرَ، وهوَ بيعُ المُرابحةِ حتَّىٰ لَمْ يَكُنْ له أنْ يَبيعَه مُرابحةً.

ولَمَّا كانَ أصْلُ القِسمةِ إفْرازًا؛ صارَ البيتُ عَيْنَ حَقِّ المُوصَىٰ له إذا وَقَعَ في نَصِيبِ المُوصِي، فيَجِبُ إنفاذُ الوَصِيَّةِ [٥٢٤/٣و] في ذلكَ، وإذا لَمْ يَقَعْ في نَصِيبِه؛ صارَ غيرُ حَقِّه، فيَجِبُ له مِثْل ذُرْعانِ البيتِ حقًّا له مِمَّا وَقَعَ في نَصِيبِ المُوصِي؛ لأنَّ مِثْلَ ذُرعانِ البيتِ عِوَضُ البيتِ.

أوْ لأنَّ مُرادَ المُوصِي مِنَ الوَصِيَّةِ بالبيتِ المُشْتَرَكِ بينَه وبينَ صاحبِه: التَّقدِيرُ بذُرْعانِه علىٰ أنْ يَكُونَ للمُوصَىٰ له مِن مِلْكِه ذلكَ القدرُ تَحصِيلًا لمقصودِه، وهوَ تنفيذُ الوصيَّةِ؛ لأنَّ مقصودَه لَا يَحْصُلُ إذا أُرِيدَ به التَّمليكُ بعَيْنِه؛ لأنَّه ربَّما يَقَعُ بعدَ القسمةِ في نَصِيبِ صاحبِه، ولكنْ إذا وَقعَ البيتُ في نَصِيبِ المُوصِي يَتعيَّنُ البيتُ لتنفيذِ الوَصِيَّةِ؛ لوجودِ معنىٰ التَّقديرِ والتمليكِ بعَيْنِه جَمِيعًا.

وإذا وقعَ في نَصِيبِ صاحبِه، يَجِبُ مِثْل ذُرْعانِه؛ لإمكانِ معنىٰ التَّقديرِ،

(١) زاد بعده في (ط): «الموصي تنفذ الوصية في عين الموصىٰ به وهو نصف البيت، وإن وقع في نصيب».
(٢) وقع في الأصل: «قسمة ذلك»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

عِنْدَ فَوَاتِهِ كَالْجَارِيَةِ الْمُوصَىٰ بِهَا إِذَا قُتِلَتْ خَطَأً تَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ فِي بَدَلِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا بِيعَ الْعَبْدُ الْمُوصَىٰ بِهِ حَيْثُ لَا تَتَعَلَّقُ الْوَصِيَّةُ بِثَمَنِهِ، ....

غاية البيان

وتَعذَّرَ التمليكُ بعَيْنِه، أوْ لأنَّ المُوصِيَ أرادَ بذِكْرِ البيتِ التقديرَ به علىٰ اعتبارِ إحدىٰ الجهتَيْنِ، وهيَ فيما إذا وَقعَ البيتُ في نَصِيبِ شريكِه، والتَّمليكُ بعَيْنِه علىٰ اعتبارِ الجهةِ الأُخرىٰ، وهيَ فيما إذا وقَعَ في نَصِيبِه.

كما إذا عَلَّق عَتاقَ الولدِ وطلاقَ المرأةِ بأوَّلِ وَلَدٍ تَلِدُه الأَمَةُ، فقالَ: إذا وَلَدتْ أَمَتِي أَوَّلَ ولدٍ؛ فهوَ حُرٌّ وأنتِ طالِقٌ، يَكُونُ المرادُ في جزاءِ الطَّلاقِ مُطْلَقَ الولدِ حتَّىٰ تُطَلَّقَ المرأةُ بولادةِ الوَلَدِ، كيفَ كانَ حيًّا أو ميّتًا؛ لأنَّ مُطْلَقَ الولدِ يَصْلُحُ جزاءً للطَّلاقِ، وفي جزاءِ العِتْقِ يَكُونُ المرادُ ولدًا حيًّا؛ لأنَّ المَيِّتَ ليسَ بمَحَلٍّ للعِتْقِ حتَّىٰ إذا ولدَتْ ميتًا، ثُمَّ ولدَتْ حيًّا يَعتِقُ الحَيُّ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵁ خِلافًا لهما، وقدْ عُرِفَ في «**المختلفِ**»[1].

ثُمَّ إذا وَقعَ البيتُ في [٢٩١/٨و/م] نَصِيبِ غيرِ المُوصِي، والدارُ مئةُ ذِراعٍ، والبيتُ منها عشرةُ أَذرُعٍ؛ يُقْسَمُ نَصِيبُ المُوصِي، وهوَ خمسونَ ذِراعًا بينَ المُوصَىٰ له والوَرَثةِ علىٰ عشرةِ أَسْهُمٍ، عندَ مُحمَّدٍ ﵀: تسعةُ أسهُمٍ منها لِلوَرَثةِ، وسَهْمٌ للمُوصَىٰ له؛ لأنَّه يُجْعَلُ كُلُّ خمسةِ أَذْرُعٍ سَهْمًا، وخمسةُ أذرعٍ نِصْفُ البيتِ، وهوَ للمُوصَىٰ له، والباقي مِن نِصْفِ الدَّارِ، وهوَ خمسةٌ وأربعونَ ذراعًا للورثةِ.

وعندَهما: يُقْسَمُ نَصِيبُ المُوصِي بينَ المُوصَىٰ له والوَرَثةِ علىٰ أحدَ عشرَ سَهْمًا؛ فالمُوصَىٰ له يَضْرِبُ بالعَشرةِ، والوَرَثةُ بخمسةٍ وأربعونَ، فيُجْعَلُ كُلُّ خمسةٍ سَهْمًا، فيَصِيرُ أحدَ عشرَ سَهْمًا، للمُوصَىٰ له سَهْمانِ، ولِلوَرَثةِ تسعةُ أسهمٍ. كذا قالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ وغيرُه ﵀ في «**شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ**».

---

(١) «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [ص/ ١٠٨٧، ١٠٨٨].

لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بِالْإِقْدَامِ عَلَى الْبَيْعِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ وَلَا تَبْطُلُ بِالْقِسْمَةِ.

غاية البيان

بيانُه: أنَّ الإيجابَ لَمّا صَحَّ، وهوَ مُتناوِلٌ للبيتِ، وهوَ عشرةُ أَذرُعٍ مِنَ الدَّارِ، فإذا وَقَعتِ العشرةُ مِنَ المِئةِ؛ تَبقَىٰ تسعونَ بينَ الشريكَيْنِ، لكلِّ واحدٍ منهما خمسةٌ وأربعونَ، فيَكُونُ خمسةٌ وأربعونَ لورَثةِ المُوصِي، وعشرةُ المُوصَىٰ له، إذا ضُمَّتْ إلىٰ خمسةٍ وأربعينَ يَصِيرُ خمسةً وخمسينَ، فيُجْعَلُ كُلُّ خمسةٍ سَهْمًا، فيَصِيرُ أحدَ عشرَ سَهْمًا، وهذا بيانُ كلامِهم.

ولنا فيه نَظَرٌ؛ لأنَّه علىٰ هذا التقديرِ: كانَ يَنْبَغِي أنْ يكونَ نَصِيبُ شريكِ المُوصِي خمسةً وأربعينَ ذِراعًا، فيَنْقُصُ إذْن مِن نَصِيبِه خمسةُ أَذْرُعٍ؛ لأنَّ نَصِيبَه مِنْ جَمِيعِ الدَّارِ خمسونَ ذِراعًا كاملًا، وقدْ نَقَصَ الخمسةَ[1]، فلَا يَجُوزُ؛ لأنَّه حينئذٍ يَلزَمُ تَمليكُ المُوصِي مِلْكِ شريكِه، فليسَ له ذلكَ.

وأيضًا[2] إذا كانَ للمُوصَىٰ له سَهْمانِ منْ [٣/٥٢٤ظ] أحدَ عشرَ؛ يَنقُصُ نَصِيبُه لَا محالةَ؛ لأنَّ سَهْمَيْنِ مِنْ أحدَ عشرَ أقلُّ مِنْ سَهْمٍ مِنْ خمسةٍ، وأيضًا يَزْدَادُ حَقُّ الوَرَثةِ أيضًا بسَهْمٍ؛ لأنَّ لهم ما وراءَ قَدْرِ البيتِ منْ نَصِيبِ المُوصِي، ونَصِيبُه خمسونَ ذراعًا، ودُفِعَ للمُوصَىٰ له عشرةٌ مِنْ نَصِيبِه، فَبَقِيَ أربعونَ، وهُمْ أخذُوا خمسةً أُخرىٰ.

وقالَ بعضُ المشايخِ ﷺ: يُقْسَمُ نَصِيبُ المُوصِي بينَ المُوصَىٰ له والوَرَثةِ علىٰ خمسةِ أَسْهُمٍ، عندَهما: فالعشرةُ أَذْرُعٍ للمُوصَىٰ له، والأربعونَ ذِراعًا للورثةِ، فيُجْعَلُ كُلُّ عشرةٍ سَهْمًا، **وهذه القسمةُ أصحُّ عندي.**

قولُه: (لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بِالْإِقْدَامِ عَلَى الْبَيْعِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ)، إشارةٌ إلىٰ ما ذَكَرَ قبلَ بابِ الوَصِيَّةِ بثُلُثِ المالِ عندَ قَوْله: (وَإِذَا صَرَّحَ [٨/٢٩١ظ/م] بِالرُّجُوعِ، أَوْ فَعَلَ مَا يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ؛ كَانَ رُجُوعًا).

(١) وقع في الأصل: «الخمس»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٢) وقع في الأصل: «أيضا»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَلَهُمَا أَنَّهُ أَوْصَىٰ بِمَا يَسْتَقِرُّ مِلْكُهُ فِيهِ بِالْقِسْمَةِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ بِقَصْدِ الْإِيصَاءِ بِمِلْكٍ مُنْتَفَعٍ بِهِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَذَلِكَ يَكُونُ بِالْقِسْمَةِ، لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ بِالْمُشَاعِ قَاصِرٌ وَقَدْ اسْتَقَرَّ مِلْكُهُ فِي جَمِيعِ الْبَيْتِ إذَا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ فَتَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ فِيهِ، وَمَعْنَى الْمُبَادَلَةِ فِي هَذِهِ الْقِسْمَةِ تَابِعٌ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ الْإِفْرَازُ تَكْمِيلًا لِلْمَنْفَعَةِ **وَلِهَذَا يُجْبَرُ عَلَى الْقِسْمَةِ فِيهِ**، وعلى [٢٨٩/ظ] اعْتِبَارِ الْإِفْرَازِ يَصِيرُ كَأَنَّ الْبَيْتَ مِلْكُهُ مِنْ الِابْتِدَاءِ.

وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ تَنْفُذُ فِي قَدْرِ ذُرْعَانِ جَمِيعِهِ مِمَّا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ، إمَّا؛ **لأنه عِوَضُهُ كَمَا ذَكَرْنَاهُ**، ولأن مُرَادَ الْمُوصِي مِنْ ذِكْرِ الْبَيْتِ التَّقْدِيرُ بِهِ تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِهِ مَا أَمْكَنَ، إلَّا أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ الْبَيْتُ إذَا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ جَمْعًا بَيْنَ الْجِهَتَيْنِ التَّقْدِيرِ وَالتَّمْلِيكِ، وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ عَمِلْنَا بِالتَّقْدِيرِ، أَوْ لِأَنَّهُ أَرَادَ التَّقْدِيرَ عَلَى اعْتِبَارِ أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ وَالتَّمْلِيكَ بِعَيْنِهِ عَلَى اعْتِبَارِ الْوَجْهِ الْآخَرِ، كَمَا إذَا عَلَّقَ عِتْقَ الْوَلَدِ وَطَلَاقَ الْمَرْأَةِ بِأَوَّلِ وَلَدٍ تَلِدُهُ أَمَتُهُ، فَالْمُرَادُ فِي جَزَاءِ الطَّلَاقِ مُطْلَقُ الْوَلَدِ وَفِي الْعِتْقِ وَلَدٌ حَيٌّ ثُمَّ إذَا وَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ غَيْرِ الْمُوصِي وَالدَّارُ مِائَةُ ذِرَاعٍ وَالْبَيْتُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ يُقْسَمُ نَصِيبُهُ بَيْنَ

غاية البيان

قولُه: (**لِأَنَّهُ عِوَضُهُ كَمَا ذَكَرْنَاهُ**)، إشارةٌ إلى [قَوْلِه: (تَنْفُذُ][1] **الْوَصِيَّةُ فِي بَدَلِهَا**).

قولُه: (**وَلِهَذَا يُجْبَرُ عَلَى الْقِسْمَةِ فِيهِ**)، إيضاحٌ لقولِه: (**وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ الإِفْرَازُ**)، وذلكَ لأنَّ في الدَّارِ الواحدةِ المُختلِفةِ البُيوتَ تُقْسَمُ قِسمةً واحدةً؛ لأنَّ في تفريقِها ضررًا، بخِلافِ الدُّورِ حيثُ يُقْسَمُ كُلُّ واحدةٍ على حِدَةٍ، لَا قِسمةٌ واحدةٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ خلافًا لهما، وقدْ مَرَّ في القِسمةِ.

---

(١) وقع في الأصل: «تنفيذ»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

الْمُوصَىٰ لَهُ وَبَيْنَ الْوَرَثَةِ عَلَىٰ عَشَرَةِ أَسْهُمٍ: تِسْعَةٌ مِنْهَا لِلْوَرَثَةِ وَسَهْمٌ لِلْمُوصَىٰ لَهُ وعند مُحَمَّدٍ فَيَضْرِبُ للموصىٰ لَهُ بِخَمْسَةِ أَذْرُعٍ نِصْفِ الْبَيْتِ وَهُمْ بِنِصْفِ الدَّارِ سِوَىٰ الْبَيْتِ وَهُوَ خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ فَيُجْعَلُ كُلُّ خَمْسَةٍ سَهْمًا فَيَصِيرُ عَشَرَةً، وَعِنْدَهُمَا يُقْسَمُ عَلَىٰ أَحَدَ عَشَرَ سَهْمًا لِأَنَّ الْمُوصَىٰ لَهُ يَضْرِبُ بِالْعَشَرَةِ وَهُمْ بِخَمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ فَتَصِيرُ السِّهَامُ أَحَدَ عَشَرَ لِلْمُوصَىٰ لَهُ سَهْمَانِ وَلَهُمْ تِسْعَةٌ، **وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الْوَصِيَّةِ إِقْرَارٌ، قِيلَ: هُوَ عَلَىٰ الْخِلَافِ**، وَقِيلَ لَا خِلَافَ فِيهِ لِمُحَمَّدٍ.

وَالْفَرْقُ لَهُ أَنَّ الْإِقْرَارَ بِمِلْكِ الْغَيْرِ صَحِيحٌ، حَتَّىٰ إِنَّ مَنْ أَقَرَّ بِمِلْكِ الْغَيْرِ لِغَيْرِهِ ثُمَّ مَلَكَهُ يُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَىٰ الْمُقَرِّ لَهُ، وَالْوَصِيَّةُ بِمِلْكِ الْغَيْرِ لَا تَصِحُّ، حَتَّىٰ لَوْ مَلَكَهُ بِوَجْهٍ مِنْ الْوُجُوهِ ثُمَّ مَاتَ لَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ وَلَا تَنْفُذُ.

غاية البيان

قولُه: (وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الْوَصِيَّةِ إِقْرَارٌ، قِيلَ: هُوَ عَلَىٰ الْخِلَافِ)، يَعْنِي: لَوْ كانَ الدَّارُ بينَ شريكَيْنِ، فأقرّ[1] أحدُهما ببيتٍ بعَيْنِه لواحدٍ، فتُقْسَمُ الدَّارُ أوّلًا، فإنْ وَقعَ البيتُ في نَصِيبِ المُقِرِّ؛ يُسَلَّمُ إلىٰ المُقَرِّ له، وإنْ وَقَعَ في نَصِيبِ الشَّريكِ؛ يَضْرِبُ المُقَرُّ له فيما وَقَعَ في يدِ المُقِرِّ بمِثْلِ ذَرْعِ البيتِ، وكذلكَ لوْ أقَرَّ بطريقٍ أو حائطٍ معلومٍ. كذا في «**الشَّامِلِ**».

وعندَ مُحمَّدٍ رحمه الله: يَضْرِبُ المُقَرُّ له بنِصْفِ ذِراعِ البيتِ.

وقيلَ: لَا خِلافَ في مسألةِ الإقرارِ، بَلْ قولُ مُحمَّدٍ فيه كقولِهما، فجَعلَ فَخْرُ الإسلامِ في «**شرحِ الجامعِ الصَّغيرِ**» عَدَمَ الخلافِ هوَ **الأصحَّ**؛ لأنَّ مَنْ أَقَرَّ بما لَا يَمْلِكُه، ثُمَّ مَلَكَه صحَّ بِخلافِ الوَصِيَّةِ؛ لأنَّ مَنْ أَوْصَىٰ بما لَا يَمْلِكُه، ثُمَّ مَلَكَه بوجهٍ مِنَ الوجوهِ؛ لَا تَنْفُذُ وَصِيَّتُه فيه.

---

(١) وقع في الأصل: «فإقرار»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ مِنْ مَالِ رَجُلٍ لِآخَرَ بِأَلْفٍ بِعَيْنِهِ، فَأَجَازَ صَاحِبُ الْمَالِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي، فَإِنْ دَفَعَهُ؛ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ؛ لِأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ بِمَالِ الْغَيْرِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ إجَازَتِهِ، وَإِذَا أَجَازَ يَكُونُ تَبَرُّعًا مِنْهُ أَيْضًا فَلَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ التَّسْلِيمِ، بِخِلَافِ مَا إذَا أَوْصَىٰ بِالزِّيَادَةِ عَلَىٰ الثُّلُثِ وَأَجَازَتْ الْوَرَثَةُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ فِي مَخْرَجِهَا صَحِيحَةٌ لِمُصَادِفَتِهَا مِلْكَ نَفْسِهِ وَالِامْتِنَاعِ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ، فَإِذَا أَجَازُوهَا سَقَطَ حَقُّهُمْ فَنَفَذَ مِنْ جِهَةِ الْمُوصِي.

قَالَ: وَإِذَا اقْتَسَمَ الِابْنَانِ تَرِكَةَ الْأَبِ أَلْفًا، ثُمَّ أَقَرَّ أَحَدُهُمَا لِرَجُلٍ أَنَّ الْأَبَ أَوْصَىٰ لَهُ بِثُلُثِ مَالِهِ؛ فَإِنَّ الْمُقِرَّ يُعْطِيهِ ثُلُثَ مَا فِي يَدِهِ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ مِنْ مَالِ رَجُلٍ لِآخَرَ بِأَلْفٍ بِعَيْنِهِ، فَأَجَازَ صَاحِبُ الْمَالِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي، فَإِنْ دَفَعَهُ؛ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ)، أَيْ: قالَ في «**الجامع الصَّغير**»(١)، وذلكَ لأنَّ العَقْدَ الموقوفَ إذا لَحِقَتْه الإجازةُ صارَ مُضافًا إلىٰ المُجيزِ، فإذا أُضِيفَ إليه صارَ ذلكَ هِبةً منه، والهِبَةُ لَا تَتِمُّ إلا بالتَّسليم، فإنْ مَنَعَه بعدَ الإجازةِ كانَ له ذلكَ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ، بخِلافِ مَنْ أَوْصَىٰ بأكثرَ مِنَ الثُّلُثِ، فأجازَتِ الوَرَثةُ، حيثُ يَجُوزُ بغيرِ تسليم؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ في مَخْرَجِها صحيحةٌ؛ لأنَّه تَصرُّفٌ في مالِ نفسِه، إلَّا أنَّ تَعلُّقَ حَقِّ الوَرَثةِ بمالِه كانَ مانِعًا للنَّفاذِ في الزِّيادةِ علىٰ الثُّلُثِ، فلَمَّا أجازُوا سَقَطَ حقُّهم فنَفَذَتْ وَصِيَّتُه في مالِه، كأنْ لَا وارِثَ له أصلًا. وقدْ مرَّ في أوائلِ كتابِ الوصايا: أنَّ كُلَّ ما جازَ بإجازةِ الوَرَثةِ يَتملَّكُه المُجازُ له مِنْ قِبَلِ المُوصِي عندَنا خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ ﷺ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا اقْتَسَمَ الِابْنَانِ تَرِكَةَ الْأَبِ أَلْفًا، ثُمَّ أَقَرَّ أَحَدُهُمَا لِرَجُلٍ أَنَّ الْأَبَ أَوْصَىٰ لَهُ بِثُلُثِ مَالِهِ؛ فَإِنَّ الْمُقِرَّ يُعْطِيهِ ثُلُثَ مَا فِي يَدِهِ)، أَيْ: قالَ في «**الجامعِ**

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٣].

أَنْ يُعْطِيَهُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالثُّلُثِ لَهُ تَضَمَّنَ إِقْرَارَهُ بِمُسَاوَاتِهِ إِيَّاهُ، وَالتَّسْوِيَةُ فِي إِعْطَاءِ النِّصْفِ لِيَبْقَىٰ لَهُ النِّصْفُ. [٢٩٠/و]

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِثُلُثٍ شَائِعٍ فِي التَّرِكَةِ وَهِيَ فِي أَيْدِيهِمَا فَيَكُونُ مُقِرًّا بِثُلُثِ مَا فِي يَدِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِدَيْنٍ لِغَيْرِهِ لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَىٰ الْمِيرَاثِ فَيَكُونُ مُقِرًّا بِتَقْدِيمِهِ فَيُقَدَّمُ عَلَيْهِ، أَمَّا الْمُوصَىٰ لَهُ بِالثُّلُثِ شَرِيكُ الْوَارِثِ فَلَا يُسَلَّمُ لَهُ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُسَلَّمَ لِلْوَرَثَةِ مِثْلَاهُ، وَلِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَ مِنْهُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ فَرُبَّمَا يُقِرُّ الِابْنُ الْآخَرُ بِهِ أَيْضًا فَيَأْخُذُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ فَيَصِيرُ نِصْفَ التَّرِكَةِ فَيُزَادُ عَلَىٰ الثُّلُثِ.

[٥٢٥/٣و] **الصَّغيرِ**».

وصورتُها في أصلِ [٢٩٢/٨و/م] **«الجامعِ الصَّغيرِ»**: «مُحمَّدٌ عنْ يَعْقُوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في الرَّجُلِ يَمُوتُ ويَتْرُكُ ألفَيْنِ ووارِثَيْنِ، فأَخَذَ كلُّ واحدٍ مِنَ الوارِثَيْنِ أَلْفًا، ثُمَّ غابَ أحدُهما، فأَقَرَّ الحاضِرُ لِرَجُلٍ أنَّ المَيِّتَ أَوْصَىٰ له بالثُّلُثِ، قالَ: يأْخُذُ منه ثُلُثَ ما في يَدِه»(١).

قالُوا: وهذا استحسانٌ، وكانَ القِياسُ ـ وهو قولُ زُفَرَ ـ: أنْ يأخُذَ نِصْفَ ما في يَدِه.

قالَ في «التَّقريبِ»: «وقالَ الطَّحَاوِيُّ رحمه الله: سمعْتُ ابنَ أبي عمرانَ يَقُولُ: سمعْتُ ابنَ سَماعةَ يَرْوِي عنْ أبي يوسُفَ رحمه الله: أنَّه يأخُذُ مِنَ المُقِرِّ نِصْفَ ما في يدِه، وكذلكَ رَوَىٰ الحَسَنُ عنْ زُفَرَ رحمه الله، وهوَ القِياسُ؛ لأنَّ في زَعْمِ المُقِرِّ: أنَّ المالَ بينهم أثلاثًا، ونصيبُ المُوصَىٰ له ونصيبُ كُلِّ واحدٍ مِنَ الابنَيْنِ سواءٌ، فلَمَّا أنكَرَ أحدُهما، أو غابَ؛ جُعِلَ كأنَّ نَصِيبَه لَمْ يَكُنْ، فيُقْسَمُ الباقي نِصْفَيْنِ بينهما؛

(١) ينظر: المصدر السابق [ص/٥٢٣، ٥٢٤].

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِجَارِيَةٍ، فَوَلَدَتْ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَلَدًا، وَكِلَاهُمَا يَخْرُجَانِ مِنَ الثُّلُثِ؛ فَهُمَا لِلْمُوصَىٰ لَهُ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ دَخَلَتْ فِي الْوَصِيَّةِ أَصَالَةً وَالْوَلَدُ تَبَعًا حِينَ كَانَ مُتَّصِلًا بِالْأُمِّ، فَإِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَالتَّرِكَةُ قَبْلَهَا مُبْقَاةٌ عَلَىٰ مِلْكِ الْمَيِّتِ حَتَّىٰ يُقْضَىٰ بِهَا دُيُونُهُ دَخَلَ فِي الْوَصِيَّةِ فَيَكُونَانِ

غاية البيان

لأنَّ نَصِيبَهما سواءٌ.

أَلَا تَرَىٰ أنَّه لو أقامَ البينةَ، والآخرُ غائبٌ، فإنَّه يَأْخُذُ منه نِصْفَ ما في يَدِه، فكذا هذا. [كذا][1] قالَ الفقيهُ أبو اللَّيْثِ رحمه الله في «شرْحِه».

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ الوَصِيَّةَ نفَاذُها مِنَ الثُّلُثِ، فلوْ أَخَذَ منه نِصْفَ ما في يَدِه، فربَّما أَقَرَّ الابنُ الآخرُ لِرَجُلٍ آخرَ بمِثْلِ ذلكَ، فيَأْخُذُ نِصْفَ ما بَقِيَ، فتَصِيرُ الوَصِيَّةُ أكثرَ مِنَ الثُّلُثِ، وإذا كانَ يُؤدِّي إلىٰ هذا؛ وَجَبَ ألَّا يُؤخَذَ إلَّا ثُلُثُ ما في يَدِه، وليسَ كالبَيِّنةِ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ تَجُوزُ عليهما جَميعًا، ولَا يُؤدِّي إلىٰ الزِّيادةِ علىٰ الثُّلُثِ، ولأنَّ المُقِرَّ أَقَرَّ له بحَقٍّ شائعٍ في التَّرِكةِ نِصْفُه فيما في يدِه، ونِصْفُه فيما في يدِ الآخرِ، فلَا جَرَمَ يَأْخُذُ المُقَرُّ له منه ثُلُثَ ما في يَدِه، فلَا يَلْزَمُه أكثرُ منْ ذلكَ؛ لأنَّ المُوصَىٰ له شريكُ الوارِثِ، لَا يَسْلَمُ له شَيْءٌ إلَّا وأنْ يَسْلَمَ للوارِثِ ضِعْفُه.

وهذا بخِلافِ ما لوْ أَقَرَّ أحدُ الابنَيْنِ بدَيْنٍ؛ فإنَّه يُقضَىٰ للمُقَرِّ له بكُلِّ الدَّيْنِ مِنْ نَصِيبِ المُقِرِّ؛ لأنَّ الدَّيْنَ ليسَ بجُزْءٍ شائعٍ، بَلْ هوَ مُقَدَّمٌ علىٰ الميراثِ، ألَا تَرَىٰ أنَّ نَصِيبَ الغائبِ يُجْعَلُ كالهالكِ، ولوْ كانَ هالكًا كانَ حَقُّ المُوصَىٰ له في ثُلُثِ الباقي، وحقُّ الغريمِ في كُلِّه، فكذلكَ في مسألتِنا.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِجَارِيَةٍ، فَوَلَدَتْ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَلَدًا، وَكِلَاهُمَا يَخْرُجَانِ مِنَ الثُّلُثِ؛ فَهُمَا لِلْمُوصَىٰ لَهُ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا٢»، و«م»، و«ر».

لِلْمُوصِي لَهُ.

(وَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا مِنْ الثُّلُثِ ضَرَبَ بِالثُّلُثِ وَأَخَذَ مَا يَخُصُّهُ مِنْهُمَا جَمِيعًا فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ.

غاية البيان

«مختصره»، وتمامُه فيه: «وإنْ لَمْ يَخرجا مِنَ الثُّلُثِ؛ ضرَبَ بالثُّلُثِ، فأخَذ ما يخصُّه منهما جَمِيعا في قولِ أبي يوسُفَ [٢٩٢/٨ظ/م] ومُحمَّدٍ ﵄. وقالَ أبو حَنِيفَةَ ﵁: يَأْخُذُ ذلكَ مِنَ الأُمِّ، فإنْ فَضَلَ شَيْءٌ أَخَذَ مِنَ الولدِ»[1].

وقالَ مُحمَّدٌ ﵀ في «الجامع الصَّغيرِ»: «عنْ يَعْقُوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵁: في رَجُلٍ له ستُّ مئةِ دِرْهَمٍ، وله أَمَةٌ تُساوِي ثلاثَ مِئةِ درهمٍ، ولَا مالَ له غيرُ ذلكَ، وأَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بجاريتِه، ثُمَّ ماتَ، ثُمَّ وَلَدتِ الجاريةُ وَلَدًا يُساوِي ثلاثَ مِئةٍ قبلَ القِسمةِ؛ فللمُوصَىٰ له الجاريةُ وثُلُثُ وَلَدِها. وقالَ أبو يوسُفَ ومُحمَّدٌ ﵄: للمُوصَىٰ له ثُلُثا الجاريةِ، وثُلُثا وَلَدِها، وإنْ كانُوا اقْتَسَمُوا وأَخَذَ الوَرَثَةُ السِّتَّ مِئةٍ، والمُوصَىٰ له الجاريةَ، ثُم وَلَدَتْ؛ فالولدُ للمُوصَىٰ له»[2]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصَّغيرِ».

وإنَّما كانَ الولدُ والأمُّ جَمِيعًا للمُوصَىٰ له [٥٢٥/٣ظ] إذا خرجَا منَ الثُّلُثِ؛ لأنَّ ما يَحْدُثُ مِنَ النَّماءِ قبلَ القِسمةِ يَحْدُثُ علىٰ حُكْمِ مِلْك المُوصِي؛ بدليلِ أنَّه تُقضَىٰ منه ديونُه، وتَنْفُذُ وَصاياهُ، فتَنْفُذُ الوَصِيَّةُ بالثُّلُثِ فيهما جَمِيعًا في الأُمِّ أَصالةً، وفي الولدِ تَبَعًا؛ لاتِّصالِه بالأُمِّ.

وإنْ لَمْ يَخرُجَا منَ الثُّلُثِ ضَرَب للمُوصَىٰ له بالثُّلُث فيهما، فيُعْطَىٰ له الثُّلُثُ منهما جَمِيعًا من كُلِّ واحدٍ منهما نِصْفُ الثُّلُثِ، وهذا قولُهما.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٤].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٤].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَأْخُذُ ذَلِكَ مِنْ الْأُمِّ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ أَخَذَهُ مِنْ الْوَلَدِ).

وَفِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» عَيَّنَ صُورَةً وَقَالَ: رَجُلٌ لَهُ سِتُّمِائَةِ دِرْهَمٍ وَأَمَةٌ تُسَاوِي ثَلَاثَمِائَةِ دِرْهَمٍ فَأَوْصَى بِالْجَارِيَةِ لِرَجُلٍ ثُمَّ مَاتَ فَوَلَدَتْ وَلَدًا يُسَاوِي ثَلَاثَمِائَةِ دِرْهَمٍ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَلِلْمُوصَى لَهُ الْأُمُّ وَثُلُثُ الْوَلَدِ عِنْدَهُ. وَعِنْدَهُمَا لَهُ ثُلُثَا كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

لَهُمَا مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَلَدَ دَخَلَ فِي الْوَصِيَّةِ تَبَعًا حَالَةَ الِاتِّصَالِ فَلَا يَخْرُجُ عَنْهَا بِالِانْفِصَالِ كَمَا فِي الْبَيْعِ وَالْعِتْقِ فَتَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ فِيهِمَا عَلَى السَّوَاءِ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيمِ الْأُمِّ.

غاية البيان

وعندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: يُؤخَذ الثُّلُثُ مِنَ الأُمِّ أوّلًا، فإنْ فَضَلَ شَيْءٌ مِنَ الثُّلُثِ يُؤخَذُ منَ الولدِ.

وجهُ قَوْلِهما: أنَّ الوَصِيَّةَ تَسْرِي إلى الزَّوائِدِ الحادثةِ قبلَ القِسمةِ بالإجماعِ؛ لكونِ التَّركةِ باقيةً على حُكْمِ الميِّتِ، وإذا ثَبَتَت السِّرايةُ بالاتِّصالِ صارَ كأنَّ الوَصِيَّةَ وقَعَتْ بهما جَمِيعًا، وقيمتُهما مِثْلُ نِصْفِ المالِ، وثُلُثُ المالِ مِثْلُ ثُلُثَيْهما، فلَمَّا دَخَلَ الولدُ في الوَصِيَّةِ بالاتِّصالِ؛ لَا يَخْرُجُ عنها[1] بالانْفصالِ، فوَجَبَ تَنفيذُ الوَصِيَّةِ في ثُلُثَيْ كُلِّ واحدٍ منهما على السَّواءِ، بلا تقديمِ الأُمِّ.

أَلَا تَرَى أنَّه لوْ تَزوَّجَ امرأةً على جاريةٍ، فوَلَدَتْ في يَدِ الزَّوجِ؛ صارَ كأنَّ العَقْدَ وَقَعَ عليهما جَمِيعًا، والزيادةُ في المَبِيعِ قبلَ القبضِ لها حِصَّةٌ مِنَ الثَّمنِ.

وجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ الأُمَّ هيَ الأَصْلُ في الوَصِيَّةِ، والولدُ تَبَعٌ؛ لأنَّ المُوصِيَ قَصَدَ بالوَصِيَّةِ الأُمَّ لَا النَّماءَ، فلَا يَجُوزُ نَقْضُ الوَصِيَّةِ في الأَصْلِ بما هوَ تابعٌ له، وقدْ كانَتِ الوَصِيَّةُ بالأُمِّ صَحَّتْ حيثُ كانَتْ مِثْلَ ثُلُثِ المالِ، ثُمَّ لَمَّا

(١) وقع في الأصل: «عنهما»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَلَهُ أَنَّ الْأُمَّ أَصْلٌ وَالْوَلَدُ تَبَعٌ فِيهِ وَالتَّبَعُ لَا يُزَاحِمُ الْأَصْلَ، فَلَوْ نَفَّذْنَا الْوَصِيَّةَ فِيهِمَا جَمِيعًا تَنْتَقِضُ الْوَصِيَّةُ فِي بَعْضِ الْأَصْلِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّ تَنْفِيذَ الْبَيْعِ فِي التَّبَعِ لَا يُؤَدِّي إِلَىٰ نَقْضِهِ فِي الْأَصْلِ بَلْ يَبْقَىٰ تَامًّا

غاية البيان

أَشْرَكْنا[١] الولدَ معها في الوَصِيَّةِ[٢]؛ لانْتَقَضَ[٣] بعضُ الوَصِيَّةِ في الأمِّ الَّتي هيَ [٢٩٣/٨و/م] الأصلُ بما هوَ تابعٌ له، فلَا يَجُوزُ ذلكَ، فوَجَبَ تَقدِيرُ الوصيةِ في الأمِّ، ثُمَّ تَكمِيلُ الثُّلُث منَ الوَلَدِ؛ لأنَّه نَماءُ العَيْنِ المُوصَىٰ بها بلا نَقْضِ الوَصِيَّةِ منَ الأصلِ.

وليسَ كذلكَ البَيْعُ؛ لأنَّ القولَ بالشَّركةِ لَا يَنقُضُ شيئًا منَ الأَصْلِ؛ لأنَّ البَيْعَ نافِذٌ في الأُمِّ كما كانَ، وإنَّما انْحَطَّ بعضُ الثَّمنِ عنِ الأَصْلِ، والثمنُ في البَيْعِ تابعٌ، فصارَ بمنزلةِ حَطِّ بعضِ الثَّمنِ، بِخلافِ الوَصِيَّةِ، فإنَّها عندَ مُزاحمةِ الوَلَدِ يَخرُجُ بعضُ [الأَصْلِ عنِ الوصِيَّةِ][٤]، فلَا تَبْقَىٰ الوَصِيَّةُ في الأُمِّ كما كانَتْ، فلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ التَّبَعُ[٥] ناقِضًا للأَصْلِ، فأمَّا إذا اقْتَسمُوا فولدَتْ بعدَ القسمةِ؛ يَكُونُ الوَلَدُ للمُوصَىٰ له؛ لأنَّه حَدَثَ علىٰ خالصِ مِلْكِ المُوصَىٰ له؛ لاستقرارِ مِلْكِه في الجاريةِ بعدَ القسمةِ.

قولُه: (وَالْوَلَدُ تَبَعٌ فِيهِ)، أيْ: في الوَصِيَّةِ علىٰ تأويلِ الإِيصاءِ.

قولُه: (وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ)، أيْ: لَا يَجُوزُ انتقاضُ الوَصِيَّةِ في بعضِ الأَصْلِ لِمُزاحمةِ البَيْعِ.

(١) وقع في الأصل: «أشركا»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٢) وقع في الأصل: «الوصية بالأم»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٣) وقع في الأصل: «لا ينتقض»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٤) وقع في الأصل: «الوصية عن الأصل»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».
(٥) وقع في الأصل: «تبع»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

صَحِيحًا فِيهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُقَابِلُهُ بَعْضُ الثَّمَنِ ضَرُورَةَ مُقَابَلَتِهِ بِالْوَلَدِ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْقَبْضُ وَلَكِنَّ الثَّمَنَ تَابِعٌ فِي الْبَيْعِ حَتَّىٰ يَنْعَقِدَ الْبَيْعُ بِدُونِ ذِكْرِهِ وَإِنْ كَانَ فَاسِدًا.

(هَذَا إِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ لِلْمُوصَىٰ لَهُ) لِأَنَّهُ نَمَاءُ خَالِصِ مِلْكِهِ لِتَقَرُّرِ مِلْكِهِ فِيهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ.

غاية البيان

قولُه: (إِلَّا أَنَّهُ لَا يُقَابِلُهُ بَعْضُ الثَّمَنِ)، أيْ: لَا يُقابِلُ الأَصْلَ بعضُ الثَّمنِ؛ لأجْلِ ضرورةِ مُقابلةِ ذلكَ البعضِ بالولدِ إذا اتَّصلَ بالولدِ القَبْضُ؛ لأنَّ الولدَ إذا ماتَ قبلَ القبضِ بآفةٍ سَمَاوِيةٍ، لَا يُقابِلُه شَيْءٌ مِنَ الثَّمنِ، بَلْ يَأْخُذُ الأُمَّ بجميعِ الثَّمنِ.

فصلٌ
في اعتبار حالة الوصيّة

قالَ: وَإِذَا أَقَرَّ الْمريضُ لامْرأةٍ بدَيْنٍ، أَوْ أَوْصى لها بشيْءٍ، أَوْ وهب لها، ثُمَّ تَزَوَّجَها ثُمَّ مَاتَ؛ جازَ الْإِقْرارُ، وبطلت الْوصيّةُ والْهِبةُ؛ لِأَنَّ الْإِقْرارَ مُلْزِمٌ

فصلٌ
في اعتبارِ حالةِ الوصيّةِ

لَمّا ذَكَرَ حُكمَ الوصيةِ في أنّها تَصِحُّ منْ ثُلُثِ المالِ لَا غيرَ عندَ عدمِ إجازةِ الورثةِ؛ ذَكَرَ في هذا الفصلِ: أنَّ الوصيةَ متى تُعْتَبَرُ وصيةً حالَ إيجابِ الوصيَّةِ، أمْ حالَ الموتِ؟ فشَرَعَ في بيانِ ذلكَ، وأخَّرَ هذا الفصلَ ذِكْرًا؛ لأنَّ حالَ الوصيَّةِ وَصْفٌ لها، والوصفُ يَتْبَعُ الموصوفَ لَا محالةَ.

[٣/٥٢٦و] **قولُه:** (قَالَ: وَإِذَا أَقَرَّ الْمَرِيضُ لِامْرَأَةٍ بِدَيْنٍ، أَوْ أَوْصَى لَهَا بِشَيْءٍ، أَوْ وَهَبَ لَهَا، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ثُمَّ مَاتَ؛ جَازَ الْإِقْرَارُ، وَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ وَالْهِبَةُ)، أيْ: قالَ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رجُلٍ مريضٍ يُقِرُّ لامرأةٍ بدَيْنٍ، أو يُوصِي لها بوصيةٍ، أو يَهِبُ لها هبةً، ثُمَّ يَتزوَّجُها، ثُمَّ يَمُوتُ منْ ذلكَ المرضِ، قالَ: الإقرارُ[1] جائزٌ، والهبةُ والوصيَّةُ باطلةٌ»[2]. إلى هنا لفظُ أصْلِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

وذلكَ لأنَّ الإقرارَ مُلْزِمٌ بنفسِه، فلَا يَتوقَّفُ إلى شَرْطٍ زائدٍ، كتَوقُّفِ الوصيَّةِ إلى الموتِ، فصَحَّ إقرارُه بالدَّيْنِ؛ لأنَّ إقرارَه حَصَلَ لأجنبيةٍ، وَلَمْ يَبْطُلْ باعتراضِ

(١) في «فا٢»، و«م»: «الدين».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٥].

بِنَفْسِهِ [٢٩٠/ظ] وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ عِنْدَ صُدُورِهِ، وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، **وَلَا يَبْطُلُ بِالدَّيْنِ** إذَا كَانَ فِي حَالَةِ الصِّحَّةِ أَوْ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ، إلَّا أَنَّ الثَّانِيَ يُؤَخَّرُ

غاية البيان

الزوجيةِ [٢٩٣/٨ظ/م] بعدَ ذلكَ، ولأنَّ وُقوعَ الإقرارِ بالدَّيْنِ علىٰ سبيلِ التجارةِ دونَ سبيلِ الوصايا، ولهذا يُعْتَبَرُ منْ جميعِ المالِ، ولَا يَبْطُلُ بالدَّيْنِ، بخِلافِ الوصيَّةِ، فإنَّها تمليكٌ مضافٌ إلىٰ الموتِ، والمرأةُ عندَ الموتِ وارثةٌ، ولَا وصيةَ [للوارثِ][1] بالحديثِ[2].

وأمَّا الهبةُ وإنْ كانَ وقوعُها للحالِ مُنجَزًا؛ لأنَّها لَمْ تُضَفْ إلىٰ ما بعدَ الموتِ، فهي في حُكْمِ الوصيَّةِ حُكْمًا؛ لأنَّها تَبَرُّعٌ.

ألَا تَرَىٰ أنَّ مَنْ وَهَبَ عبْدًا في مَرَضِ موتِه لأجنبيٍّ، وهوَ جميعُ مالِه وسَلَّمَه له؛ صَحَّ ذلكَ وصارَ مالِكًا للموهوبِ له، ثُمَّ إذا ماتَ مِنْ ذلكَ المرضِ؛ وَجَبَ الفسخُ في الثُّلُثَيْنِ حقًّا للورثةِ، وفي الكُلِّ حقًّا للغُرماءِ، وصارَتِ الهبةُ كالمُتعلِّقِ بالموتِ، فصارَ حُكْمُها حُكمَ الوصيةِ.

وعندَ زُفَرَ رحمه الله: يَبْطُلُ إقرارُه لها بالدَّيْنِ بحُدُوثِ الزَّوجيةِ كالهِبةِ والوصيةِ.

وجوابُه: أنَّ الإقرارَ يُعْتَبَرُ للحالِ لِمَا قُلْنا، وعندَ وُجودِ الإقرارِ هيَ أجنبيةٌ، بخِلافِ الوصيَّةِ، فإنَّها لَا تُعْتَبَرُ للحالِ، بَلْ [تُعْتَبَرُ][3] عندَ الموتِ، والمرأةُ حينئذٍ وارثةٌ، والهِبةُ كالوصيَّةِ حُكْمًا لِمَا بيَّنَّا آنفًا، وقدْ مَرَّ نحْوٌ منْ هذا [في كتابِ الإقرارِ][4]، في بابِ إقرارِ المريضِ، واللهُ تعالىٰ أعلمُ.

قولُه: (وَلَا يَبْطُلُ بِالدَّيْنِ)، أي: لَا يَبْطُلُ الإقرارُ بسببِ الدَّيْنِ. يَعْنِي: أنَّ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».
(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

عَنْهُ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهَا إِيجَابٌ عِنْدَ الْمَوْتِ وَهِيَ وَارِثَةٌ عِنْدَ ذَلِكَ، وَلَا وَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ، وَالْهِبَةُ وَإِنْ كَانَتْ مُنَجَّزَةً صُورَةً فَهِيَ كَالْمُضَافِ إِلَىٰ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ حُكْمًا لِأَنَّ حُكْمَهَا يَتَقَرَّرُ عِنْدَ الْمَوْتِ؛ أَلَّا تَرَىٰ أَنَّهَا تَبْطُلُ بِالدَّيْنِ الْمُسْتَغْرِقِ وَعِنْدَ عَدَمِ الدَّيْنِ تُعْتَبَرُ مِنْ الثُّلُثِ.

قَالَ: وَإِذَا أَقَرَّ الْمَرِيضُ لِابْنِهِ بِدَيْنٍ وَابْنُهُ نَصْرَانِيٌّ، أَوْ وَهَبَ لَهُ، أَوْ أَوْصَىٰ لَهُ، فَأَسْلَمَ الِابْنُ قَبْلَ مَوْتِهِ؛ بَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ.

غاية البيان

الدَّيْنَ لَا يَمْنَعُ صحةَ الإقرارِ، سواءٌ كانَ الإقرارُ في الصحَّةِ، أوْ في المرضِ، إلَّا أنَّ الثانيَ ـ وهوَ الإقرارُ ـ الواقعُ في المرضِ مُؤخَّرٌ عندَنا عنِ الإقرارِ الواقعِ في الصحَّةِ، حتَّىٰ إنَّ المالَ يُصْرَفُ إلىٰ ما أقرَّ به حالةَ الصحةِ، فإنْ فَضَلَ منه شيءٌ فإنَّه يُصْرَفُ إلىٰ ما أقرَّ به حالةَ المرضِ وإلَّا فَلَا، وعندَ ابنِ أبي ليلَىٰ رحمه الله: الإقرارانِ يَستَويانِ[1]، وهوَ مذهبُ الشافعيِّ رضي الله عنه[2]، وقدْ مَرَّ ذلكَ في بابِ إقرارِ المريضِ مُسْتَوفًىٰ.

قولُه: (**قَالَ: وَإِذَا أَقَرَّ الْمَرِيضُ لِابْنِهِ بِدَيْنٍ وَابْنُهُ نَصْرَانِيٌّ، أَوْ وَهَبَ لَهُ، أَوْ أَوْصَىٰ لَهُ، فَأَسْلَمَ الِابْنُ قَبْلَ مَوْتِهِ؛ بَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ**)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

ولفظُ أصلِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**»: «وقالَ: في المريضِ أقرَّ لابنِه وهوَ نصرانيٌّ بدَيْنٍ [أوْ][3] وَهَبَ له هِبةً فيَقبِضُها، أوْ أوصَىٰ له وصيةً، ثُمَّ أسلمَ الابنُ، ثُمَّ ماتَ الرَّجُلُ، قالَ: ذلكَ كلُّه باطِلٌ، وكذلكَ لوْ كانَ الابنُ عبدًا فأُعتِقَ في هذا»[4]. إلىٰ

---

(١) ينظر: «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ» لأبي يوسف [ص/ ٦٢].

(٢) ينظر: «مختصر المزني» [٨/٢١١]، و«المهذب» للشيرازي [٣/٤٧٢]، و«روضة الطالبين» للنووي [٤/٣٥٤].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٤) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٥].

أَمَّا الْهِبَةُ وَالْوَصِيَّةُ فَلِمَا قُلْنَا إِنَّهُ وَارِثٌ عِنْدَ الْمَوْتِ وَهُمَا إِيجَابَانِ عِنْدَهُ أَوْ بَعْدَهُ، وَالْإِقْرَارُ وَإِنْ كَانَ مُلْزِمًا بِنَفْسِهِ وَلَكِنَّ سَبَبَ الْإِرْثِ وَهُوَ الْبُنُوَّةُ قَائِمٌ وَقْتَ الْإِقْرَارِ فَيُعْتَبَرُ فِي إِيرَاثِ تُهْمَةِ الْإِيثَارِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ سَبَبَ الْإِرْثِ الزَّوْجِيَّةُ وَهِيَ[1] لَا يَصِحُّ الْإِقْرَارُ لِقِيَامِ السَّبَبِ حَالَ صُدُورِهِ.

غاية البيان

هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

أمَّا بطلانُ الهبةِ والوصيةِ، فلِمَا قُلْنا في المسألةِ الأُولىٰ، وأمَّا الإقرارُ، فإنَّما [٢٩٤/٨و/م] يَبْطُلُ؛ لأنَّ الابنَ وإنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتحِقًّا للميراثِ وقْتَ وُجودِ الإقرارِ لكفرِه أوْ رِقِّه، واستحقاقُ الإرثِ مانعٌ لصحةِ الإقرارِ، لكنْ لَمَّا كانَ سببُ [٢٥٦/٣ط] الإرثِ ـ وهو البُنُوَّةُ ـ قائمًا وقْتَ الإقرارِ؛ بَطَلَ الإقرارُ، وهذا لأنَّ الحالَ ليسَ حالَ استحقاقِ الإرثِ حتَّىٰ تُعْتَبَرُ أهليةُ الاستحقاقِ لإيراثِ التُّهمةِ، بَلِ اعتُبِرَ لإيراثِ التُّهمةِ نفْسُ السببِ، وهوَ البنوةُ، وهيَ قائمةٌ وقتَ الإقرارِ.

ألا تَرَىٰ أنَّ الابنَ لوْ كانَ مسْلِمًا وَقْتَ الإقرارِ؛ لَمْ يَصِحَّ الإقرارُ، وإنْ لَمْ يَكُنِ استحقاقُ الإرثِ ثابتًا قبلَ الموتِ.

فعُلِمَ: أنَّ نَفْسَ السببِ هوَ المُعتبَرُ، بخِلافِ ما قُلْنا في المسألةِ الأُولىٰ: إذا أقرَّ لأجنبيةٍ، ثُمَّ تزوَّجَها حيثُ لَا يَبْطُلُ الإقرارُ؛ لأنَّ سببَ الإرثِ ـ وهوَ الزوْجيةُ ـ لَمْ يَكُنْ قائِمًا وَقْتَ الإقرارِ، فَوِزَانُ مسألتِنا هذه مِنْ تلكَ المسألةِ: أنْ لوْ كانَتْ له امرأةٌ نصرانيةٌ، فأَقَرَّ لها بدَيْنٍ في مرَضِه، ثُمَّ أسلمَتْ قبلَ موتِه؛ لَا يَصِحُّ الإقرارُ.

ونظيرُ مسألتِنا هذه مَنْ أقرَّ لأخيه وله ابنٌ، ثُمَّ هَلَكَ الابنُ، ثُمَّ هَلَكَ المُقِرُّ، والأخُ المُقَرُّ له وارثُه؛ يَبْطُلُ الإقرارُ للأخِ؛ لقيامِ سببِ الإرثِ، وهوَ الإخوةُ

(١) زاد بعده في (ط): «طارئة حتىٰ لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته».

فكذلك لَوْ كَانَ الِابْنُ عَبْدًا أَوْ مُكَاتَبًا فَأُعْتِقَ لِمَا ذَكَرْنَا وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ إنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَصِحُّ لِأَنَّهُ أَقَرَّ لِمَوْلَاهُ وَهُوَ أَجْنَبِيٌّ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ إقْرَارٌ لَهُ وَهُوَ ابْنُهُ، وَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِيهَا وَقْتُ الْمَوْتِ.

وَأَمَّا الْهِبَةُ فَيُرْوَىٰ أَنَّهَا تَصِحُّ لِأَنَّهَا تَمْلِيكٌ فِي الْحَالِ وَهُوَ رَقِيقٌ، وَفِي عَامَّةِ الرِّوَايَاتِ هِيَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ فَلَا تَصِحُّ.

غاية البيان

وقْتَ الإقرارِ.

وأمَّا إذا كانَ الابنُ عبدًا، أوْ مكاتبًا، فأُعْتِقَ، ثُمَّ ماتَ الأبُ؛ فلَا شَكَّ أنَّ الوصيةَ له باطِلةٌ؛ لأنَّها تمليكٌ مضافٌ إلىٰ ما بعدَ الموتِ، والابنُ حينئذٍ وارثٌ، ولَا وصيةَ للوارثِ.

وأمَّا الهبةُ: فقالَ فخرُ الدِّينِ قاضي خان ﷺ في شرحِه لـ«**الجامعِ الصَّغيرِ**»: «ذُكِرَ في بعضِ الرِّواياتِ: أنَّها تَصِحُّ؛ لأنَّها تُفِيدُ المِلْكَ في الحالِ، ووَقْتُ الهِبةِ هوَ رقيقٌ، فكانَتْ هبةً للمَوْلَىٰ؛ فتَصِحُّ».

ثُمَّ قالَ: «وفي عامَّةِ الرِّواياتِ: الهبةُ بمنزلةِ الوصيةِ فلَا تَصِحُّ، وأمَّا الإقرارُ: فقدْ قالَ الصَّدرُ الشهيدُ وغيرُه ﷺ في «**شروحِ الجامعِ الصَّغيرِ**» منقولًا عنْ كتابِ «**الإقرارِ**»: إنْ كانَ علىٰ العبدِ دَيْنٌ لَا يَصِحُّ الإقرارُ؛ لأنَّ الإقرارَ يَكُونُ للعبدِ وهوَ ابنُه، فلَا يَصِحُّ الإقرارُ؛ لأنَّ المَوْلَىٰ لَا يمْلِكُ ما في يدَيْه، وإنْ لَمْ يَكُنْ علىٰ العبدِ دَيْنٌ يَصِحُّ الإقرارُ؛ لأنَّ الإقرارَ يَكُونُ لمَوْلاهُ، ومَوْلاهُ أجنبيٌّ، فيَصِحُّ الإقرارُ له، وهذا لأنَّ المَوْلىٰ يَمْلِكُ ما في يدِه»[1].

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص٦١٨].

وَالْمُقْعَدُ وَالْمَفْلُوجُ وَالْأَشَلُّ وَالْمَسْلُولُ إِذَا تَطَاوَلَ ذَلِكَ فَلَمْ يُخَفْ مِنْهُ الْمَوْتُ ؛ فَهِبَتُهُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَقَادَمَ الْعَهْدُ صَارَ طَبْعًا مِنْ طِبَاعِهِ وَلِهَذَا

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَالْمُقْعَدُ وَالْمَفْلُوجُ وَالْأَشَلُّ وَالْمَسْلُولُ إِذَا تَطَاوَلَ ذَلِكَ وَلَمْ يُخَفْ مِنْهُ الْمَوْتُ ؛ فَهِبَتُهُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

[وصورتُها في أصلِ «**الجامعِ الصَّغيرِ**»][1]: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنيفَةَ ﷺ: في المَفْلُوجِ والمُقْعَدِ والأَشَلِّ والمَسْلُولِ إذا تطاوَلَ [٨/٢٩٤ظ/م] ذلكَ به، فصارَ بحالٍ لَا يُخافُ منه الموتُ: أنَّ هِبةَ صاحبِه جائزةٌ منْ رأسِ المالِ، وإنْ فَعَل ذلكَ أَوَّلَ ما أصابَ ؛ فهوَ منَ الثُّلُثِ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ محمَّدٍ ﷺ في «**الجامعِ الصَّغيرِ**».

أمَّا إذا تَقادَمَ ذلكَ خَرَجَ مِنْ عِدادِ المَرَضِ، وصارَ ذلكَ طَبْعًا مِنْ طباعِه، حيثُ لَا يَشْتغِلُ بالمُداواةِ، فكانَ حُكْمُه حُكْمَ الأَصِحَّاءِ، فيُعْتَبَرُ تَصرُّفُه مِنْ جميعِ المالِ، ويَصِحُّ إقرارُه للوارثِ، فإنْ صارَ صاحبَ فِراشٍ بعدَ ذلكَ ؛ كانَ ذلكَ بمنزلةِ حُدوثِ المرضِ، ولوْ صارَ صاحبَ فِراشٍ في أوَّلِ ما حَدَثَتْ تلكَ العلةُ، وماتَ في أيَّامِه ذلكَ ؛ فحُكْمُه حُكْمُ المريضِ، يُعْتَبَرُ تَصرُّفُه في ثُلُثِ المالِ، ولَا يَصِحُّ إقرارُه للوارثِ، ألَا تَرىٰ أنَّه يَشْتغِلُ بالمُداواةِ، ويَخَافُ منه الهلاكَ، ومسألةُ المَسْلُولِ مِنَ الخَواصِّ.

الفالجُ: ذِهابُ الحِسِّ والحركةِ مِنْ أحدِ شِقَّيِ البدنِ، وسلامةُ الشِّقِّ الآخَرِ.

والسِّلُّ [٣/٥٢٧و]: عبارةٌ عنِ اجتماعِ المِدَّةِ في الصَّدْرِ ونَفْثِها. كذا ذكرُوا[3] في كُتُبِ الطِّبِّ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٥].
(٣) في الأصل: «ذكر». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

لَا يَشْتَغِلُ بِالتَّدَاوِي، وَلَوْ صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ كَمَرَضٍ حَادِثٍ (وَإِنْ وَهَبَ عِنْدَ مَا أَصَابَهُ ذَلِكَ وَمَاتَ مِنْ أَيَّامِهِ فَهُوَ مِنْ الثُّلُثِ إِذَا صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ) لِأَنَّهُ يُخَافُ مِنْهُ الْمَوْتُ وَلِهَذَا يَتَدَاوَىٰ فَيَكُونُ مَرَضَ الْمَوْتِ.

غاية البيان

وقالَ في «الصِّحاحِ»: «السُّلَال بالضَّمِّ: السِّلُّ، يُقالُ: أَسَلَّه اللهُ؛ فهوَ مَسْلُولٌ، وهوَ مِنَ الشَّواذِّ»[1].

قالَ الزَّمخشَري رحمه الله **في مقدِّمتِه**[2]: «سُلَّ فهوَ مَسْلُولٌ»[3]. فعَلَىٰ هذا لَا يَكُونُ مِنَ الشَّواذِّ.

وتفسيرُ المُطَرِّزِيِّ: «أنَّ المَسْلولَ الَّذي سُلَّ أُنْثَيَاهُ. أي: نُزِعَتْ خُصْيَاهُ»[4]، لَا يُناسِبُ في هذا الموضعِ؛ لأنَّ الكلامَ فيما إذا تَطاوَلَ المرضُ، وَلَمْ يُخَفْ منه الموتُ، والَّذي نُزِعَتْ خُصْيَاهُ بعدَ تَطاوُلِ الزَّمانِ لَا يُسَمَّىٰ مريضًا أصلًا.

والشَّلَلُ فَسادٌ في اليَدِ، يَقُولُونَ في الدُّعاءِ: لَا تَشْلَلْ وَلَا تَكْلِلْ. يُقالُ: شَلَّتْ يَدُهُ تَشَلُّ، ورَجُلٌ أَشَلُّ.

واللهُ تعالىٰ أعلمُ بالصَّوابِ.

---

(١) ينظر: «الصحاح في اللغة» للْجَوْهَري [١٧٣١/٥/ مادة: سلل].

(٢) في الأصل: «مقدمه». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٣) ينظر: «مقدمة الأدب» للزمخشري [ص/١٨٩].

(٤) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٤٠٩/١].

بَابُ
الْعِتْقِ فِي الْمَرَضِ

قَالَ: وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فِي مَرَضِهِ، أَوْ بَاعَ وَحَابَى، أَوْ وَهَبَ فَذَلِكَ كُلُّهُ جَائِزٌ، وَيُعْتَبَر مِنَ الثُّلُثِ، وَيَضْرِبُ بِهِ مَعَ أَصْحَابِ الْوَصَايَا.

غاية البيان

بَابُ
الْعِتْقِ فِي الْمَرَضِ

لَمَّا كانَ الإعتاقُ في المرضِ في معنى الوصيَّةِ؛ لوقوعِه تَبَرُّعًا في زمانٍ تَعلَّقَ حَقُّ الورثةِ: ذَكَرَه في كتابِ الوصايا، ولكنْ أَخَّرَ ذِكْرَه عَمَّا هوَ صريحٌ في الوصيَّةِ؛ لكونِ الصَّريحِ هوَ الأصلُ في الدَّلالةِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فِي مَرَضِهِ، أَوْ بَاعَ وَحَابَى، أَوْ وَهَبَ فَذَلِكَ كُلُّهُ جَائِزٌ، وَهُوَ مُعْتَبَرٌ مِنَ الثُّلُثِ، وَيَضْرِبُ بِهِ مَعَ أَصْحَابِ الْوَصَايَا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «**مختصرِه**»[1]، وفي بعضِ نُسَخِ «**مختصرِ القُدُورِيِّ**»: «فهوَ وصيةٌ»، مكانَ قولِه: «جائزٌ»، ورأيتُ في نسخةٍ ثِقَةٍ مكتوبةٍ في تاريخِ سنةَ خمسٍ وعشرينَ وخمسِ مِئةٍ: «فذلكَ كُلُّه وصيةٌ يُعْتَبَرُ منَ الثُّلُثِ».

والمرادُ منْ قولِه: «وصية»، اعتبارُ [٨/٢٩٥و/م] العتقِ الواقعِ في المرضِ، أوْ بيعِ المُحاباةِ الواقعِ فيه، أو الهبةِ الواقعةِ فيه منَ الثُّلُثِ، كاعتبارِ الوصيةِ منَ الثُّلُثِ.

وليسَ مرادُه أنَّ كُلَّ واحدٍ منَ الأشياءِ المذكورةِ وَقَعَ وصيةً حقيقةً؛ لأنَّ حقيقةَ الوصيةِ إيجابُ تمليكٍ مُضافٍ إلى ما بعدَ الموتِ، وليسَ كُلُّ واحدٍ منها[2] بهذه

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٣].

(٢) في الأصل: «منهما».

وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ فَهُوَ وَصِيَّةٌ مَكَانَ قَوْلِهِ جَائِزٌ، وَالْمُرَادُ الِاعْتِبَارُ مِنْ الثُّلُثِ وَالضَّرْبُ مَعَ أَصْحَابِ الْوَصَايَا لَا حَقِيقَةُ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهَا إيجَابٌ بَعْدَ الْمَوْتِ وَهَذَا

غاية البيان

المَثَابةِ، بَلْ وَقَع مُنجَّزًا، و[لكنْ][1] لَمَّا كانَ حُكْمُ كلِّ واحدٍ منها حُكْمَ الوصيَّةِ في اعتبارِ الثُّلُثِ؛ سَمّاهُ: وصيةً، وعلىٰ هذا ما ابتدأَ المريضُ إيجابَه علىٰ نَفْسِه في ذِمَّتِه؛ فهوَ في حُكْمِ الوصيَّةِ، يُعْتَبَرُ منَ الثُّلُثِ، وهوَ كالضَّمانِ والكفالةِ، لِمَا أنَّه يُتَّهمُ في إيجابِه علىٰ نفسِه في ذمَّتِه، كما يُتَّهَمُ في الهبةِ.

ثُمَّ كلُّ ما أوجبَه بعدَ الموتِ فهوَ مِنَ الثُّلُثِ، وإنْ كانَ الإيجابُ واقِعًا في الصحَّةِ؛ لأنَّه عَلَّقَه بحالِ تَعلُّقِ حَقِّ الورثةِ فيه بالمالِ، فكانَ المُعتبَرُ فيه حالَ الإضافةِ، لَا حالَ الإيجابِ، وما نَفَّذَه مِنَ التَّصرُّفِ، وَلَمْ يُضِفْه إلىٰ ما بعدَ الموتِ، فالمُعتَبَرُ فيه حالَ عَقْدِ التَّصرُّفِ، ولكنْ إنْ كانَ صحيحًا يُعتبَرُ منْ جميعِ المالِ، وإنْ كانَ مريضًا فمنَ الثُّلُثِ.

وقالُوا: كُلُّ مرَضٍ صَحَّ منه، وقدْ تَصرَّفَ فيه؛ كانَ تَصرُّفُه تصرُّفَ الأَصِحَّاءِ؛ لأنَّه لَمَّا بَرَأَ مِنْ مرضِه تَبَيَّنَ أنَّ مرَضَه لَمْ يَكُنْ سببَ الحَجْرِ عنْ تصَرُّفِه، حيثُ لَمْ يكنْ حَقُّ أحدٍ مُتعلِّقًا بمالِه.

قولُه: (وَيَضْرَبُ بِهِ مَعَ أَصْحَابِ الْوَصَايَا)، أي: يَضرِبُ بالثُّلُثِ كُلَّ واحدٍ منْ هؤلاءِ الثلاثةِ، وهوَ العبدُ المُعْتَقُ في مَرَضِ الموتِ، والمُشْتَرىٰ منَ المريضِ الَّذي باعَ بالمُحاباةِ، والمَوهوبُ له مع سائرِ أصحابِ الوصايا، فإنَّهم يَسْتحِقُّونَ الثُّلُثَ لَا غيرَ، والمرادُ مِنْ ضَرْبِهم بالثُّلُثِ [مع أصحابِ الوصايا][1]: استحقاقُهم في الثُّلُثِ كما في سائرِ [٥٢٧/٣ظ] الوصايا، فإنَّهم يَسْتحِقُّونَ الثُّلُثَ لَا غَيْرَ، وليسَ المرادُ أنَّهم يُسَاوُونَ أصحابَ الوصايا في الثُّلُثِ ويُحَاصُّونَهم؛ لأنَّ العتقَ المُنفَذَ في

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

مُنَجَّزٌ غَيْرُ مُضَافٍ، وَاعْتِبَارُهُ مِنْ الثُّلُثِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْوَرَثَةِ، وَكَذَلِكَ مَا ابْتَدَأَ الْمَرِيضُ إِيجَابَهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ ....

غاية البيان

المرضِ مُقدَّمٌ على الوصيَّةِ بالمالِ في الثُّلُثِ.

أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما ذَكَرَ الشيخُ أبو جعفرٍ الطحاويُّ رحمه الله في **«مختصرِه»**: «ومَنْ أوصَىٰ بوصايا في مرضِه، وأعتقَ عبدًا له: بُدِئَ بالعَتاقِ، فأخرجَ منَ الثُّلُثِ، فإنْ فَضَلَ شيءٌ؛ كانَ لأهلِ الوصايا، وإنْ لَمْ يَفْضُلْ شيءٌ فلَا شيءَ لهم»[1]. إلىٰ هنا لفظُه رحمه الله.

وذلكَ لِمَا حَدَّثَ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ رحمه الله في شرحِه لـ**«المختصرِ»**: عنْ عبدِ الباقي بنِ قانعٍ، قالَ: حَدَّثَنَا بِشْرُ بنُ موسىٰ قالَ: حَدَّثَنَا [أبو][2] [٨/٢٩٥ظ/م] عبدِ الرَّحمنِ المُقْرِئُ عنْ حَيْوةَ، قالَ: حدّثنا يَحْيَىٰ بنُ سعيدٍ عنْ سعيدِ بنِ المُسيِّبِ رضي الله عنه، قالَ: «مَضَتِ السُّنَّةُ أَنْ يُبْدَأَ بِالعَتَاقِ فِي الوَصِيَّةِ»[3].

وأيضًا لَمَّا كانَ العتقُ مِمَّا لَا يَلْحَقُه الفَسْخُ [وسائرُ الوصايا يَلْحَقُها الفَسْخُ][4]، صارَ العتقُ آكَدَ منها، ومتىٰ اجتمعَ أمْرانِ؛ لَا يُمْكِنُ إجازتُهما جميعًا، وأحدُهما يُفْسَخُ، والآخَرُ لَا يُفْسَخُ، فالَّذي لَا يَنفَسِخُ أَوْلَىٰ بالثَّباتِ، وما يَنفَسِخُ أَوْلَىٰ بالبُطلانِ.

أَلَا تَرَىٰ أنَّ رَجُلًا لوْ أعتقَ عبْدَ رجُلٍ بغيرِ أمْرِه وباعَه آخرُ، فأجازَ الأمرَيْنِ؛ جازَ العتقُ، وبَطَلَ البيعُ، وكذلكَ لوْ وَكَّلَ رَجُلًا بعِتْقِ عَبْدِه، والآخرَ ببَيْعِه، وأَوقَعَا؛ جازَ العتقُ، وبَطَلَ البيعُ.

---

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٦٠].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح مختصر الطحاوي».

(٣) أخرجه: الجصاص في «شرح مختصر الطحاوي» [١٧٦/٤]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٢٧٦/٦]، من طريق بِشْر بن موسىٰ بإسناده به.

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

كَالضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ فِي حُكْمِ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ يُتَّهَمُ [٢٩١/و] فِيهِ كَمَا فِي الْهِبَةِ، وَكُلُّ

غاية البيان

وكذلكَ لوْ وَكَّل رَجُلًا بعِتْقِ عبْدِه، والآخَرُ ببَيْعِه، وأوقعَا الأمرَيْنِ جميعًا؛ جازَ العتقُ، وبَطَلَ البيعُ.

ثُمَّ العتقُ إنَّما يَكُونُ مُقدَّمًا علىٰ سائرِ الوصايا، إذا كانَ مُنَفَّذًا في المرضِ، أوْ مُعلَّقًا بالموتِ، مثلُ أنْ يَقولَ: إنْ حَدَثَ بي حَدَثٌ مِنْ هذا المرضِ، فماتَ مِنْ ذلكَ المرضِ؛ فهوَ حُرٌّ، فأمَّا إذا أوصَىٰ بعِتْقِ عَبْدِه بعدَ موتِه بوَقْتٍ؛ فلَا يُبْدَأُ بالعتقِ، بَلْ يَكُونُ هوَ وسائرُ الوصايا سواءً.

ألَا تَرَىٰ إلىٰ ما قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ ﷺ في كتابِ «نُكَتِ الوصايا»: «وإذا أوصَىٰ الرَّجُلُ بعِتْقِ عبْدِه بعدَ موتِه، وأوصَىٰ لآخَرَ بألفٍ؛ فالثُّلُثُ بينهما بالحِصَصِ، ولَا يُبْدَأُ بالعتقِ؛ لأنَّ الوصيةَ بالعتقِ تَحتَمِلُ النقضَ والرَّدَّ، فصارَ حُكْمُه حُكْمَ سائرِ الوصايا.

ألَا تَرَىٰ أنَّه لوْ ظَهَرَ علىٰ الميِّتِ دَيْنٌ؛ فإنَّ العبدَ يُباعُ، وتَبْطُلُ الوصيةُ، وهذه الوصيةُ تَحتاجُ إلىٰ الإنفاذِ، كما تَحتاجُ سائرُ الوصايا، وإنَّما يَكُونُ العتقُ أَوْلىٰ منْ سائرِ الوصايا إذا كانَ العتقُ في المرضِ، أوْ أضافَه إلىٰ الموتِ، فيَعْتِقُ بموتِه بغيرِ إعتاقِ الورثةِ، فكذلكَ العتقُ لَا يَحْتمِلُ النَّقْضَ والرَّدَّ، فأمّا هذه الوصيةُ: فهي وسائرُ الوصايا سواءٌ، فلَا تَكُونُ هيَ أَوْلىٰ بالبُدَاءَةِ مِنْ غيرِها.

ولوْ قالَ: هوَ حُرٌّ بعدَ موتي بيومٍ أو بشهرٍ؛ فهيَ وسائرُ الوصايا سواءٌ؛ لأنَّ العتقَ إذا تَأَخَّرَ عنِ الموتِ؛ لَا يَعْتِقُ إلَّا بإعتاقِ الورَثةِ، وقدْ جَرَتْ فيها سِهامُ المَوَارِيثِ، فصارَ حُكْمُها حُكْمَ سائرِ الوصايا؛ لأنَّه تَحتمِلُ النَّقْضَ والرَّدَّ، ويَحْتاجُ إلىٰ إنفاذِ الوصيةِ». إلىٰ هنا لفظُ الفقيهِ أبي الليثِ ﷺ في كتابِه.

قولُه: (كَالضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ)، لَمَّا كانَ الضمانُ أعمَّ مِنَ الكفالةِ؛ حَصَلَ التَّغايُرُ

مَا أَوْجَبَهُ بَعْدَ الْمَوْتِ فَهُوَ مِنْ الثُّلُثِ، وَإِنْ أَوْجَبَهُ فِي حَالِ صِحَّتِهِ اعْتِبَارًا بِحَالَةِ الْإِضَافَةِ دُونَ حَالَةِ الْعَقْدِ، وَمَا نَفَّذَهُ مِنْ التَّصَرُّفِ فَالْمُعْتَبَرُ فِيهِ حَالَةُ الْعَقْدِ، فَإِنْ كَانَ صَحِيحًا فَهُوَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ وَإِنْ كَانَ مَرِيضًا فَمِنْ الثُّلُثِ، وَكُلُّ مَرَضٍ صَحَّ مِنْهُ فَهُوَ كَحَالِ الصِّحَّةِ لِأَنَّ بِالْبُرْءِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا حَقَّ فِي مَالِهِ.

قَالَ: فَإِنْ حَابَىٰ، ثُمَّ أَعْتَقَ، وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْهُمَا؛ فَالْمُحَابَاةُ أَوْلَىٰ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَإِنْ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَىٰ؛ فَهُمَا سَوَاءٌ، وَقَالَا: الْعِتْقُ أَوْلَىٰ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ.

بينهما، فعَطَفَ الكفالةَ عليه.

أَلَا تَرَىٰ أَنَّ مَنْ قالَ لآخَرَ: خَالِعِ امرأتَكَ علىٰ أَلْفَيْ هذا، فخَلَعَها صَحَّ، وكانَ[1] الألْفُ علىٰ الأجنبيِّ.

قالَ في «خُلاصةِ الفتاوَىٰ»: «ولوْ أنَّ رَجُلًا قالَ للزَّوجِ: اخلَعْها علىٰ عَبْدي هذا، أو ألفِي [٢٩٦/٨و/م] هذه، أو داري [٥٢٨/٣و] هذه، فخَلَعَها علىٰ هذا؛ فالخُلْعُ جائزٌ، ولَا حاجةَ إلىٰ قَبولِ المرأةِ؛ لأنَّ العاقدَ الأجنبيُّ»[2].

ثُمَّ قالَ: «ولوْ قالَ الأجنبيُّ للزَّوجِ: اخْلَعْها علىٰ عبْدِي هذا، فقالَ الزَّوجُ: خَلَعْتُ؛ تَمَّ الخُلْعُ مِنْ غيرِ أنْ يَقولَ المُخاطَبُ: قبِلْتُ، وإذا تَمَّ الخُلْعُ بقَبولِ الأجنبيِّ؛ لَزِمَه عينُ البدلِ إنْ كانَ ممَّا يُتعَيَّنُ».

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ حَابَىٰ، ثُمَّ أَعْتَقَ، وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْهُمَا؛ فَالْمُحَابَاةُ أَوْلَىٰ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَإِنْ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَىٰ؛ فَهُمَا سَوَاءٌ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: الْعِتْقُ أَوْلَىٰ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ رحمه الله في «مختصرِه»[3].

(١) في الأصل: «وإن كان». والمثبتمن: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/١٣٠].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٣].

. . . .

وقالَ في «**المختلفِ**»: «المريضُ إذا باعَ عبدًا، أو اشترَىٰ بغَبْنٍ فاحشٍ، وأعتقَ عبدًا، إنْ بَدَأَ بالمُحاباةِ: بُدِئَ بها، وسَعَىٰ العبدُ في القيمةِ، ولوْ بَدَأَ بالعتقِ، ثُمَّ بالمُحاباةِ؛ تَحاصَّا، والمُشتَرِي بالخِيارِ، وقالا: العتقُ أَولَىٰ، تقدَّمَ أوْ تأخَّرَ»[1].

وجملةُ الكلامِ هنا: ما ذَكَر الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه» قالَ: «وما ذكرْتُ مِن هذه الوصايا، فما كانَ منها لَمْ يُجاوِزْ قَدْرُه الثُّلثَ؛ فإنَّ كلَّ واحدٍ مِن أصحابِها يَضرِبُ بقدْرِ نصيبِه منَ الثُّلثِ، فيَكُونُ الثلثُ بينهم علىٰ ذلكَ، لَا يُبَدَّىٰ بعضُهم علىٰ بعضٍ إلَّا أنْ يَكُونَ عِتْقًا مُوقَعًا في المرضِ، أو مُؤَقَّتًا بموتِ المُوصِي، أو مُحاباةً في بَيْعٍ وَقَعَ في المرضِ؛ فإنَّه يُبدَأُ بذلكَ قبْل كلِّ وصيةٍ، ثُمَّ يَتَضارَبُ أهلُ الوصايا بعدَ ذلكَ، فما بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ يَكُونُ بينَهم علىٰ قَدْرِ وصاياهم.

فإنْ ضاقَ الثُّلُثُ عنِ العتقِ والمُحاباةِ؛ فإنَّ أبا حَنِيفَةَ رحمه الله قالَ: إنْ كانَتِ المُحاباةُ قبلَ العتقِ بُدِئَ بالمُحاباةِ قبلَ العتقِ، وإنْ كانَ العتقُ قبلَ المُحاباةِ تَحاصَّا جميعًا، صاحبُ المُحاباةِ والعتقِ، فإنْ لَمْ يَبْقَ شيءٌ بعدَهما بَطَلَ ما بَقِيَ منَ الوصايا، وإنْ بَقِيَ منَ الثُّلثِ شيءٌ؛ تَضارَبُوا فيه علىٰ قَدْرِ وصاياهم.

وقالَ أبو حَنِيفَةَ رحمه الله: إذا أعتقَ وحابَىٰ معًا؛ بُدِئَ بالمُحاباةِ إلَّا أنْ يَتقدَّمَ العتقُ، رواه مُعَلَّىٰ عنْ أبي يوسفَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمَّدٌ رحمهما الله: يُبْدَأُ بالعتقِ قبلَ المُحَاباةِ، تَقدَّمَ العتقُ أوْ تأخَّرَ، فإنْ لَمْ يَبْقَ شيءٌ منَ الثُّلثِ؛ بَطَلَتِ الوصايا الباقيةُ، وإنْ بَقِيَ منَ الثُّلُثِ شَيءٌ؛ تَضارَبَ أهلُ الوصايا الباقيةِ [فيه][2] علىٰ قَدْرِ وصاياهم، وكانَ لكلٍّ[3]

---

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث [ص/ ١٩٢٦].

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من: «ن»، و«ر»، و«فا٢».

(٣) وقع في الأصل: «كل». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

. . . .

واحدٍ منهم قَدْرُ ما يَخُصُّ وصيتَه منْ ذلكَ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

وقالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ ﷺ [٨/٢٩٦ظ/م] في «**مختلفِ الرِّوايةِ**»، وفي كتابِ «**نُكَتِ الوصايا**»: «وذُكِرَ عنْ زُفَرَ ﷺ أنَّه قالَ: إنْ بَدَأَ بالمُحاباةِ: فهي أولَىٰ، وإنْ بَدَأَ بالعتقِ: فالعتقُ[2] أَوْلَىٰ؛ لأنَّ البُدَاءةَ تَدُلُّ علىٰ العنايةِ، فكانَ أَوْلَىٰ ممَّا أخَّرَه».

وذكَرَ القُدُورِيُّ ﷺ في كتابِ «**التَّقريبِ**» قولَ زُفَرَ مثلَ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، ويَجُوزُ أنْ يَكُونَ عنه روايتانِ.

وقالَ الفقيهُ أيضًا في كتابِ «نُكَتِ الوصايا»: «ذكرَ عنْ غسَّانَ أنَّه قالَ: دخلْتُ علىٰ بِشْرِ بن غِياثٍ المَرِيسِي ﷺ فقلتُ: لِمَ قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: إنَّ المحاباةَ أَوْلَىٰ؟ فقال: لَا أدري. فقلتُ له: تَبَحُّثًا؟ يَعْنِي: جُزافًا. قالَ: لَا، فنَكَّسَ بِشْرٌ رأسَه ساعةً، فجاءَ بنُكْتةٍ أُعْجِبْتُ بتلكَ النُّكتةِ، فخرجْتُ مِنْ عندِه، ودخلْتُ علىٰ [٣/٥٢٨ظ] سفيانَ بنِ سَحْبَانَ، وأخبرْتُه بالنُّكتةِ، فتعجَّبَ مِنْ تلكَ النُّكتةِ، وأعجبَتْني، فلمَّا مَضَتْ علىٰ ذلكَ مُدَّةٌ؛ نَسِيتُ النُّكْتَةَ، فدخلْتُ علىٰ سفيانَ بنِ سَحْبَانَ[3]، فقلتُ: النُّكْتةُ الَّتي قالَها بِشْرٌ في وَقْتِ كذا، قالَ: نَسِيتُها، ثُمَّ دخلْتُ أيضًا علىٰ بِشْرٍ، فقلتُ: النكْتةُ الَّتي قُلْتَها في وَقْتِ كذا، فقال: نَسِيتُها، فقدْ ذهبَتِ النُّكْتةُ، وبَقِيَتِ المسألةُ بغيرِ نُكْتةٍ، وقدْ ضَلَّ مِفْتاحُها». إلىٰ هنا لفظُ الفقيهِ أبي الليثِ في كتابِه.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٩٨/ داماد].

(٢) وقع في الأصل: «فهو». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٣) وقع بالنُّسَخ في الموضعَيْنِ: «سَخْتَانَ». وهو تحريف ظاهر، والصواب ما أثبتْناه، وهو سفيان بن سَحْبان، من أصحاب الرّأي، وكان فقيهًا ومتكلِّمًا. وله مِن الكتب: كتاب «العِلَل». ينظر: «الفهرست» للنديم [ص/٢٥٥]، و«الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [٢٤٩/١]، و«الطبقات السنيَّة» للتميمي [٤٠/٤]، و«تاج التراجم» لابن قُطْلُوبُغا [ص/١٧٠].

. . . .

وجهُ قولِهما ـ وهو قولُ الشافعيِّ رحمه الله أيضًا[1] ـ: ما رُوينا في المسألةِ المُتقدِّمةِ مِنْ حديثِ سعيدِ بنِ المسيَّبِ قالَ: «مَضَتِ السُّنَّةُ أن يُبْدَأَ بالعَتاقِ في الوصيَّةِ»[2]، ولأنَّ العتقَ لَا يَلْحقُه الفسخُ، والمُحاباةُ يَلْحقُها الفسخُ، فكانَ ما لَا يَلْحقُه الفسخُ أَوْلَىٰ بالتَّقديمِ؛ لأنَّه أقوىٰ.

وجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّ المُحاباةَ أقوىٰ، فكانَ أَوْلَىٰ بالتَّقديم، وهذا لأنَّ المُحاباةَ حصلَتْ في البيعِ، والبيعُ عَقْدُ ضمانٍ؛ لأنَّ البيعَ مضمونٌ عليه، يُطالَبُ بتسليمِ المَبِيعِ، فصارَتِ المُحاباةُ بمنزلةِ الدَّيْنِ لوجوبِ المُطالبةِ به، والعتقُ تبرُّعٌ، والضمانُ والتبرُّعُ إذا اجتمعا؛ كانَ الضَّمانُ أَوْلَىٰ.

فأمَّا إذا أعتقَ أوَّلًا ثُمَّ حابَىٰ؛ فالعتقُ وَقَعَ في حالِ اليَسارِ؛ لأنَّه بَقِيَ للورثةِ بعدَه مِثْلَا ما أوصَىٰ به، فصارَ هذا عِتْقَ مُوسِرٍ، وإعتاقُ المُوسِرِ يَتعلَّقُ به الضمانُ، والمُحاباةُ أيضًا عَقْدُ ضمانٍ، فتَساوَيا في الضَّمانِ، فلمَّا استوَيَا قُسِمَ الثُّلثُ بينهما نصفَيْنِ، ولأنَّ كلَّ واحدٍ مِنَ العتقِ والمُحاباةِ يُساوِي الآخرَ في أنَّه لَا يَلْحَقُه الفسخُ مِنْ جهةِ المُوصِي، وللمُحاباةِ مَزِيَّةٌ أُخرىٰ ليسَتْ للعتقِ، وهيَ أنَّها يَتعلَّقُ استحقاقُها بعَقْدِ مُعاوَضةٍ.

ثُمَّ إذا قُدِّمَ العتقُ كانَ له [٨/٢٩٧و/م] مَزِيَّةُ السَّبْقِ؛ لأنَّ الإنسانَ يُقَدِّمُ عندَ موتِه ما هوَ الأهمّ، فكانَ لكلِّ واحدٍ منهما مَزِيَّتانِ فتَساويَا، وإذا قُدِّمتِ المُحاباةُ حَصَلَ لها مَزِيَّةُ السَّبقِ أيضًا معَ المَزِيَّتَينِ، وَلَمْ يَبْقَ للعتقِ إلا مَزِيَّةٌ واحدةٌ، وهيَ أنَّه لَا يَلْحَقُه الفسخُ، فكانَتِ المُحاباةُ أولَىٰ، ولأنَّ المُحاباةَ حَقٌّ لأدمِيٍّ ثَبَت بعِوَضٍ،

(١) ينظر: «نهاية المطلب في دراية المذهب» لأبي المعالي الجويني [١٩/٢٣٩]، و«البيان» للعمراني [٨/١٨٦]، و«روضة الطالبين» للنووي [٦/١٣٧].

(٢) مضىٰ تخريجه.

. . . .

فصارَتْ مثلَ الدَّيْنِ يُقِرُّ به المريضُ، فيَكُونُ أَوْلَىٰ مِنَ العتقِ إذا بَدَأ بها إذا كانَ مَخْرَجُه مَخْرَجَ المُعاوَضةِ.

ألَا تَرَىٰ أنَّه مَنْ أقرَّ بدَيْنٍ؛ كانَ مُصدَّقًا علىٰ الورثةِ، وجُعِلَ في الحُكْم كأنَّه ملَكَ بدلًا، لولا ذلكَ لَمَا جازَ إقرارُه إلَّا منَ الثُّلثِ، كذلكَ المُحاباةُ لمَّا أَشبَهَتِ الدَّيْنَ مِنْ هذا الوجهِ؛ وَجَبَ أنْ يُبْدَأَ بها علىٰ العتقِ إذا بَدَأَ بها.

فإنْ قيلَ: فالجزءُ الَّذي فيه المُحاباةُ ليسَ بإزائِه عِوَضٌ.

قيلَ له: هوَ قدْ جَعَلَ الثمنَ عَوِضًا لجميعِ العبدِ، وأخرجَه مَخْرَجَ المُعاوَضةِ، وكذلكَ الدَّيْنُ المُقَرُّ به يَجُوزُ أن [لا][1] يَكُونَ بدلًا منْ شيءٍ، إلَّا أنَّه لَمَّا أخرَجَه مَخْرَجَ ما فيه عِوَضٌ؛ كانَ أَوْلَىٰ، فكذلكَ المحاباةُ.

فإنْ قيلَ: العتقُ لَا يَلحَقُه الفسخُ، والبيعُ يَلْحقُه الفسخُ، فكانَ العتقُ أَوْلَىٰ بالتَّقديمِ.

قلْنا: لَا أثرَ لعدمِ لَحاقِ الفسخِ في التَّقديمِ؛ لأنَّه منقوضٌ بالدَّيْنِ، فإنَّه يَلْحَقُه الفسخُ، ومع هذا يُقَدَّمُ علىٰ العتقِ الَّذي لَا يَلْحَقُه الفسخُ.

فإنْ قيلَ: لوْ كانَتِ المُحاباةُ بمنزلةِ الدَّيْنِ لجازَتْ علىٰ الورَثةِ، وَلَمْ تكنْ منَ الثلُثِ، كما أنَّ الدَّيْنَ ليسَ منَ الثُّلُثِ.

قلْنا: افتراقُهما منْ هذا الوجهِ لَا يَمْنَعُ الجمعَ بينهما في وجوبِ البُداءةِ بالمحاباةِ علىٰ العتقِ، ألَا تَرَىٰ أنَّ العتقَ في المرضِ [٣/٥٢٩و] يُعتبَرُ منَ الثلُثِ، ومع هذا يُقَدَّمُ لتأكُّدِه علىٰ الوصيةِ بالمالِ، فكذلكَ المُحاباةُ لَمَّا تأكَّدَتْ بشبهِها بالدَّيْنِ منَ الوجهِ الَّذي ذَكَرْنا؛ كانَ مُقدَّمًا علىٰ العتقِ إذا بَدَأَ بها.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الْوَصَايَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَا جَاوَزَ الثُّلُثَ فَكُلٌّ مِنْ أَصْحَابِهَا يَضْرِبُ بِجَمِيعِ وَصِيَّتِهِ فِي الثُّلُثِ لَا يُقَدَّمُ الْبَعْضُ عَلَىٰ الْبَعْضِ إِلَّا الْمُوقَعُ فِي الْمَرَضِ، وَالْعِتْقُ الْمُعَلَّقُ بِمَوْتِ الْمُوصِي كَالتَّدْبِيرِ الصَّحِيحِ ....

فإنْ قيلَ: الصدقةُ في المرضِ لَا رجوعَ فيها، ومع هذا ليسَتْ[1] في معنىٰ العتقِ، فيَنْبَغِي أنْ تَكُونَ المُحاباةُ كذلكَ.

قُلْنا: يَصِحُّ الرجوعُ في الصدقَةِ بعدَ الموتِ إذا لَمْ يَخرُجْ منَ الثُّلُثِ، ولَا يَصِحُّ في المُحاباةِ والعتقِ.

فإنْ قِيلَ: العتقُ لَا يَلْحَقُه الفسخُ، والمُحاباةُ يَلْحَقُها الفسخُ، فكانَ العتقُ أَوْلَىٰ.

قِيلَ له: المُحاباةُ لَا يَصِحُّ فَسْخُها منْ جهةِ الميتِ، ومِن جهةِ الورثةِ مِنْ قِبَلِ أنَّ [٢٩٧/٨ظ/م] للمشتري أنْ يقولَ: أنا أزيدُ في الثَّمنِ إلىٰ تمامِ ثلثَي القيمةِ، فلَا يَكُونُ لهم سبيلٌ إلىٰ فَسْخِها، وإنَّما يَصِحُّ فَسْخُها منْ جهةِ المشتري، فيُسْتَدَلُّ بانقطاعِ حَقِّهم في الفسخِ علىٰ تأكُّدِها، فأمَّا وقوعُ الفسخِ منْ جهةِ المشتري، فلَا اعتبارَ به؛ لأنَّ المُحاباةَ ما وقعَتْ مِن قِبَلِ المشتري، وهوَ المُوصَىٰ له، بَلْ مِن قِبَلِ المُوصِي، وليسَ له الفسخُ.

قولُه: (إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَا جَاوَزَ الثُّلُثَ)، مثلُ أنْ يُوصِيَ بالربُعِ والسُّدُسِ.

قولُه: (وَالْعِتْقُ الْمُعَلَّقُ بِمَوْتِ الْمُوصِي كَالتَّدْبِيرِ الصَّحِيحِ).

وإنَّما قيَّد التدبيرَ بالصَّحيحِ؛ لأنَّه إذا لَمْ يَكُنْ صحيحًا كما إذا قالَ مثلًا: هوَ حُرٌّ بعدَ موتي بيومٍ أو بشهرٍ؛ لَا يَكُونُ مُقدَّمًا علىٰ سائرِ الوصايا، بَلْ هوَ وسائرُ الوصايا سواءٌ، وقدْ بيَّناهُ قبلَ هذا.

والتَّدبيرُ الصَّحيحُ: مِثْلُ أنْ يَقولَ الرَّجلُ لمملوكِه: أنْتَ حُرٌّ بعدَ موتي، أوْ

(١) في الأصل: «هي ليست». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

وَ**الْمُحَابَاةُ فِي الْبَيْعِ** إذَا وَقَعَتْ فِي الْمَرَضِ لِأَنَّ الْوَصَايَا قَدْ تَسَاوَتْ، وَالتَّسَاوِي فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ يُوجِبُ التَّسَاوِيَ فِي نَفْسِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَإِنَّمَا قُدِّمَ الْعِتْقُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ آنِفًا لِأَنَّهُ أَقْوَىٰ فَإِنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ مِنْ جِهَةِ الْمُوصِي، **وَغَيْرُهُ يَلْحَقُهُ**.

الْمُحَابَاةُ لَا يَلْحَقُهَا الْفَسْخُ مِنْ جِهَةِ الْمُوصِي، وَإِذَا تَقَدَّمَ ذَلِكَ فَمَا بَقِيَ مِنْ الثُّلُثِ بَعْدَ ذَلِكَ **يَسْتَوِي فِيهِ مَنْ سِوَاهُمَا** مِنْ أَهْلِ الْوَصَايَا، وَلَا يُقَدَّمُ الْبَعْضُ عَلَىٰ الْبَعْضِ.

لَهُمَا فِي الْخِلَافِيَّةِ أَنَّ الْعِتْقَ أَقْوَىٰ لِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ وَالْمُحَابَاةُ يَلْحَقُهَا،

غاية البيان

أنتَ حُرٌّ إذا مِتُّ، أو إنْ مِتُّ، أَوْ إنْ حَدَثَ بي حَدَثٌ؛ فهذا كلُّه واحدٌ، وهوَ مُدبَّرٌ.

وكذلكَ لوْ قالَ: أنتَ حُرٌّ يومَ أموتُ، فإنْ نوَىٰ النَّهارَ دونَ اللَّيلِ لَمْ يَكُنْ مُدبَّرًا.

وكذلكَ لوْ قالَ: إنْ حَدَثَ بي حَدَثٌ مِنْ مرضي هذا، أو في سفري هذا، فأنتَ حُرٌّ؛ لَمْ يَكُنْ مُدبَّرًا، وله أنْ يَبيعَه، وإنْ ماتَ كما قالَ عَتَقَ، وإنْ برأَ مِنْ مرضِه أوْ رَجَعَ مِنْ سفرِه ثُمَّ ماتَ؛ لَمْ يَعتِقْ[1]. كذا ذكَر الحاكمُ الشهيدُ رحمه الله في **«الكافي»**.

قولُه: (وَالْمُحَابَاةُ فِي الْبَيْعِ)، بالرَّفعِ معطوفٌ علىٰ قولِه: **(إِلَّا العِتْقُ الْمُوقَعُ فِي الْمَرَضِ)**.

قولُه: (وَغَيْرُهُ يَلْحَقُهُ)، أيْ: غيرُ العتقِ الَّذي ذَكَرْناهُ يَلْحَقُه الفسخُ، والَّذي ذَكَرَه هوَ العتقُ المُوقَعُ في المرضِ، والعتقُ المُعلَّق بموتِ الموصِي، وهوَ التَّدبيرُ الصَّحيحُ، وأرادَ بغيرِ ذلكَ سائرَ الوصايا بالمالِ.

قولُه: (يَسْتَوِي فِيهِ مَنْ سِوَاهُمَا)، أيْ: يَستَوِي فيما بَقِيَ منَ الثُّلُثِ مَنْ سِوَىٰ المُعتَقِ المذكورِ، والَّذي حُوبِيَ له.

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٤٥].

وَلَا مُعْتَبَرَ بِالتَّقدّمِ الذِّكْرِ لِأَنَّها لَا تُوجِبُ التَّقَدُّمَ فِي الثُّبوتِ.

وَلَهُ أَنَّ الْمُحَابَاةَ أَقْوَىٰ؛ لِأَنَّهَا تَثْبُتُ فِي ضِمْنِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ فَكَانَ تَبَرُّعًا بِمَعْنَاهُ لَا بِصِيغَتِهِ، وَالْإِعْتَاقُ تَبَرُّعٌ صِيغَةً وَمَعْنًىٰ، فَإِذَا وُجِدَتْ الْمُحَابَاةُ أَوَّلًا دُفِعَ الْأَضْعَفُ، وَإِذَا وُجِدَ الْعِتْقُ أَوَّلًا وَثَبَتَ بَيْنَ الْمُحَابَاتَيْنِ[1] نِصْفَيْنِ لِتَسَاوِيهِمَا، ثُمَّ مَا أَصَابَ الْمُحَابَاةَ الْأَخِيرَةَ قُسِمَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْعِتْقِ لِأَنَّ الْعِتْقَ مُقَدَّمٌ عَلَيْهَا فَيَسْتَوِيَانِ، وَلَوْ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَىٰ ثُمَّ أَعْتَقَ قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَ الْعِتْقِ الْأَوَّلِ وَالْمُحَابَاةِ نِصْفَيْنِ، وَمَا أَصَابَ الْعِتْقَ قُسِمَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعِتْقِ الثَّانِي، وَعِنْدَهُمَا الْعِتْقُ أَوْلَىٰ بِكُلِّ حَالٍ.

غاية البيان

قولُه: (لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ التَّقَدُّمَ فِي الثُّبوتِ)، أيْ: لأنَّ التقديمَ في الذِّكْرِ لَا يُوجِبُ التَّقدُّمَ كما إذا أوصَىٰ لفلانٍ ولفلانٍ بالثُّلُثِ؛ لَا يَكُونُ المَبْدوءُ بالذِّكْرِ مُقدَّمًا علىٰ غيرِه، بَلْ يَكُونُ الثُّلُثُ بينَهم أثلاثًا، فكذا فيما نحنُ فيه لَا تَكُونُ المُحاباةُ أَوْلَىٰ بالتَّقديمِ في الذِّكْرِ.

قولُه: (فَكَانَ تَبَرُّعًا بِمَعْنَاهُ لَا بِصِيغَتِهِ)، وتذكيرُ الضميرِ الراجعِ إلىٰ المُحاباةِ علىٰ تأويلِ المذكورِ. يَعْنِي: أنَّ صيغةَ[2] عَقْدِ البيعِ بالمُحاباةِ مُعاوَضةٌ لَا تَبَرُّعٌ، ولكنِ التبرعُ يَحْصُلُ مِن حيثُ المعنىٰ مِن حيثُ إيثارُ بعضِ المالِ [٢٩٨/٨و/م]، حيثُ باعَ بالغُبْنِ الفاحشِ، بخلافِ الإعتاقِ؛ فإنَّه تبَرُّعٌ صيغةً ومعْنًىٰ؛ لأنَّه إيثارٌ مَحْضٌ ليسَ في [٥٢٩/٣ظ] مقابلتِه عِوَضُ المالِ، فكانَتِ المُحاباةُ أقوىٰ.

والدليلُ عليه ما ذَكَرَه شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: أنَّ سببَ المحاباةِ التجارةُ، فإنَّ البيعَ بالمُحاباةِ عَقْدُ تجارةٍ حتَّىٰ يَجِبَ للشفيعِ الشفعةُ في الكُلِّ، والشفعةُ تَختَصُّ بالمُعاوَضاتِ دونَ التبَرُّعاتِ.

---

(١) في (ط): «وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة، وعلىٰ هذا قال أبو حنيفة ﷺ: إذا حابىٰ ثم أعتق ثم حابىٰ قسم الثلث بين المحابتين».

(٢) في الأصل: «صيغته». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِأَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ بِهَذِهِ الْمِئَةِ عَبْدٌ، فَهَلَكَ مِنْهَا دِرْهَمٌ؛ لَمْ يُعْتَقْ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِنْ كَانَتْ وَصِيَّةً بِحَجَّةٍ؛ يُحَجُّ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ، وَإِنْ لَمْ يَهْلِكْ مِنْهَا شَيْءٌ، وَبَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الْحَجَّةِ؛ يُرَدُّ عَلَى الْوَرَثَةِ، وَقَالَا أبو يوسف ومحمد: يُعْتَقُ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ؛ لأنه أوصى بِنَوْعِ قُرْبَةٍ

غاية البيان

ولهذا قُلْنا: إنَّ البيعَ بالمُحاباةِ يَصِحُّ منَ العبدِ المأذونِ، والصبيِّ المأذونِ، وبالمرضِ لَا يَلْحَقُه الحَجْرُ عنِ التجارةِ، فأمَّا العتقُ: فتبَرُّعٌ مَحْضٌ، وبالمرضِ يَصِيرُ محجورًا عنِ التَّبرعاتِ، فمِنْ هذا الوجهِ كانَتِ المُحاباةُ أقوى.

قولُه: (وَعَلَى هَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﵀)، أيْ: على الأصلِ الَّذي ذَكَرَ منْ جهةِ أبي حَنِيفَةَ.

قالَ أبو حَنِيفَةَ ﵀: إذا حابَى ثُمَّ أعتقَ، ثُمَّ حابَى؛ قُسِمَ الثلُثُ بينَ المحابَتَيْنِ لتساويهما في وقوعِهما في ضِمْنِ عَقْدِ المعاوضةِ، ثُمَّ ما أصابَ المُحاباةُ الأخيرةُ منْ نصفِ الثلُثِ؛ قُسِمَ بينهما وبينَ العتقِ المتقدِّمِ عليها[1]؛ لأنَّه حَصَلَ له الاستواءُ معَ المُحاباةِ في المَزِيَّةِ بتقدُّمِه عليها، وإذا أَعتَقَ أوَّلًا، ثُمَّ حابَى، ثُمَّ أَعتَقَ؛ قُسِمَ الثلُثُ بينَ العتقِ الأوَّلِ والمُحاباةِ نصفَيْنِ؛ لأنَّ العتقَ لَمَّا تقدَّمها زاحَمَها، ثُمَّ ما أصابَ العتقَ الأوَّلَ مِنْ نصفِ الثلُثِ؛ كانَ ذلكَ بينَ العِتْقَيْنِ لتجانُسِهما.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِأَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ بِهَذِهِ الْمِئَةِ عَبْدٌ، فَهَلَكَ مِنْهَا دِرْهَمٌ؛ لَمْ يُعْتَقْ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، وَإِنْ كَانَتْ وَصِيَّةً بِحَجَّةٍ؛ يُحَجُّ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ، وَإِنْ لَمْ يَهْلِكْ مِنْهَا شَيْءٌ، وَبَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الْحَجَّةِ؛ يُرَدُّ عَلَى الْوَرَثَةِ، وَقَالَا[2]: يُعْتَقُ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ)، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ»[3].

---

(١) في الأصل: «عليهما». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٢) في الأصل: «وقال». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/٥٢٥ ـ ٥٢٦].

يَجِبُ تَنْفِيذُهَا مَا أَمْكَنَ اعْتِبَارًا بِالْوَصِيَّةِ بِالْحَجِّ. وَلَهُ أَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِالْعِتْقِ [٢٩٠/ط] لِعَبْدٍ يُشْتَرَى بِمِائَةٍ وَتَنْفِيذُهَا فِيمَنْ يَشْتَرِي بِأَقَلَّ مِنْهُ تَنْفِيذٌ لِغَيْرِ الْمُوصَىٰ لَهُ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ بِالْحَجِّ لِأَنَّهَا قُرْبَةٌ مَحْضَةٌ وَهِيَ حَقُّ اللهِ تَعَالَىٰ وَالْمُسْتَحَقُّ لَمْ يَتَبَدَّلْ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِمِائَةٍ فَهَلَكَ بَعْضُهَا يَدْفَعُ الْبَاقِيَ إِلَيْهِ.

۞ غاية البيان ۞

وقالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ ۞ في «مختلفِ الرِّوايةِ»: «وإذا أوصَىٰ الرَّجُل أنْ يُعْتَقَ عنه نسمةٌ بمئةِ درهمٍ، وثُلثُ مالِه أقلُّ مِنْ مئةٍ؛ فإنَّه لَا يُشْتَرىٰ، وبطلتِ الوصيةُ في قولِ أبي حنيفةَ ۞، وفي قولِهما: يُشْتَرىٰ عبْدٌ بثلثِ مالِه ويُعْتَقُ»[1].

وقالَ الفقيهُ ۞ أيضًا: «وكذلكَ الخلافُ فيمَنْ أوصىٰ أنْ يُعْتَقَ نسمةٌ عنه مِنْ جميعِ مالِه، فالوصيةُ في قولِ أبي حَنِيفَةَ باطلةٌ، ويَجُوزُ في قولِهما، ويُعْتَقُ مِنْ ثلُثِ مالِه، وإنْ كانَتْ بالحجِّ يُجُوزُ الحجُّ بثلُثِ مالِه [٢٩٨/٨ط/م] بالاتِّفاقِ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الفقيهِ ۞.

والنَّسمةُ: هيَ الرقبةُ الَّتي تُشْتَرىٰ للعتقِ، كذا فسَّرَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرْخَسي في «شرحِ الكافي»[3].

وجهُ قولِهما: أنَّه نوعُ قُرْبةٍ، قَصَدَ به المُوصِي التقرُّبَ إلىٰ اللهِ تعالىٰ، ولهذا تَصحُّ الوصيةُ مِنْ غيرِ تَعْيينِ النَّسمةِ لتحقيقِ مقصودِ المُوصِي، فوَجَبَ تنفيذُ الوصيَّةِ ما أمكَنَ، كما إذا أوصَىٰ بأنْ يُحَجَّ عنه بهذه المئةِ، فهَلَكَ منها درهمٌ؛ يُحَجُّ عنه بما بَقِيَ، وكما لوْ أوصَىٰ لرَجُلٍ بهذه المئةِ، فهَلَكَ منها درهمٌ؛ يُصْرَفُ الباقي إليه، فكذلكَ هاهُنا.

ولَا يُقالُ: الوصيةُ إذا كانَتْ لمُسْتحِقٍّ لَا يَجُوزُ صَرْفُها إلىٰ مُسْتحِقٍّ آخرَ؛ لأنَّ

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٩٣٠/٤].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [١٦/٢٨/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَقِيلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ بِنَاءً عَلَىٰ أَصْلٍ آخَرَ مُخْتَلَفٍ فِيهِ وَهُوَ أَنَّ الْعِتْقَ حَقُّ اللهِ تَعَالَىٰ عِنْدَهُمَا حَتَّىٰ تُقْبَلَ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَىٰ فَلَمْ يَتَبَدَّلِ الْمُسْتَحِقُّ،

غاية البيان

المُسْتحِقَّ لَمْ يَتبدَّلْ؛ لأنَّ العتقَ حقُّ اللهِ تعالىٰ، وَلَمْ يَتبدَّلْ، ولهذا جازَتِ الشهادةُ علىٰ عِتْقِ العبدِ عندَهما بلا دعوىٰ كما في الأمَةِ؛ لأنَّ العتقَ حقُّ اللهِ تعالىٰ عندَهما، فَلَمْ يكنِ العبدُ مُوصًىٰ [له][1]، بَلِ الموصَىٰ له صاحبُ الشَّرعِ.

[٥٣٠/٣و] وجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ هذه وصيةٌ لعبدٍ يُشترَىٰ بمئةٍ؛ لأنَّ الموصيَ صرَّحَ بذلكَ، فصارَ الموصَىٰ له عبدًا قيمتُه مئةٌ، لَا مَنْ قيمتُه أقلُّ منْ ذلكَ، فلوِ اشتُرِي عبدٌ قيمتُه أقلُّ منَ المئةِ، فأُعتِقَ يَلْزَمُ منْ ذلكَ صرْفُ وصيةٍ لمستحِقٍّ إلىٰ غيرِه؛ لأنَّ مَنْ قيمتُه دونَ المئةِ غيرَ مَنْ قيمتُه مئةٌ، فكانَ [ذلك][2] تنفيذَ الوصيةِ لغيرِ مَنْ أوجبَها المُوصِي، بِخلافِ الوصيَّةِ بالحَجِّ؛ فإنَّه حقُّ اللهِ تعالىٰ، وهوَ لَمْ يَتبدَّلْ، وكذا في المسألةِ الَّتي قاسَا عليها؛ لأنَّ المُسْتحِقَّ لَمْ يَتبدَّلْ، ثُمَّ في تقديرِ الثمنِ بالمئةِ للموصي غَرَضٌ صحيحٌ، وهوَ التَّقربُ بإعتاقِ أفضلِ الرِّقابِ علىٰ ما رُوِيَ عنِ النَّبيِّ ﷺ أنَّه سُئِلَ أيُّ الرِّقابِ أفضلُ؟ فقالَ: **«أَغْلَاهَا ثَمَنًا، وأَنفَسَها عندَ أَهلِهَا»**[3].

وقالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ ﷺ في شرحِ **«الجامعِ الصَّغيرِ»**: «وهذا فرْعٌ لمسألةِ العتقِ، فإنَّ العتقَ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ حَقُّ المملوكِ، فلِذلكَ لَمْ تُقْبَلِ الشهادةُ عندَه علىٰ عتْقِ العبدِ مِنْ غيرِ دعوىٰ».

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٣) أخرجه: البخاري في كتاب العتق/باب أي الرقاب أفضل [رقم/٢٣٨٢]، ومسلم في كتاب الإيمان/باب بيان كون الإيمان بالله تعالىٰ أفضل الأعمال [رقم/٨٤]، وغيرهما من حديث: أبي ذر ﷺ. وهذا لفظ البخاري.

وَعِنْدَهُ حَقُّ الْعَبْدِ حَتَّىٰ لَا تُقْبَلَ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَىٰ، فَاخْتَلَفَ الْمُسْتَحَقُّ وَهَذَا أَشْبَهُ.

غاية البيان

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» : (وهَذَا أَشْبَهُ). أيْ: كونُ[1] هذا الخلافِ في عتْقِ النَّسمةِ بناءً علىٰ أنَّ العتقَ حَقُّ اللهِ تعالىٰ، أو حَقُّ المملوكِ هوَ الأشبهُ بالصَّوابِ.

وذكَرَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ في كتابِ «نُكَتِ الوصايا» الفرقَ لأبي حَنِيفَةَ بينَ الوصيَّةِ بالرَّقبةِ والوصيَّةِ بالحَجِّ: «أنَّ الوصيةَ بالرقبةِ لَا تُشْبِهُ الحجَّ؛ لأنَّه لَا يُمْكِنُه أنْ يَحُجَّ عنه بمئةِ درهمٍ منْ غيرِ زيادةٍ ولَا نقصانٍ [٨/٢٩٩و/م]؛ لأنَّهم إذا أحَجُّوا رجلًا فربَّما تَزِيدُ نفقتُه وربَّما تَنقُصُ، فلمَّا لَمْ يُمْكِنْ أنْ يُقَدَّرَ، فلَا يُعْتَبَرُ تقديرُه، وأمَّا في الرقبةِ: فيُمْكِنُ أن تُشْتَرَىٰ رقبةٌ بمئةِ درهمٍ منْ غيرِ زيادةٍ ولَا نقصانٍ، فوَجَبَ أنْ يُرَاعَىٰ شَرْطُه».

ثُمَّ قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ فيه: «وكانَ الفقيهُ الجليلُ أبو جعفرٍ يَقُولُ: هذه المسألةُ فَرْعٌ لمسألةِ كتابِ القسمةِ، فإنَّ مِنْ أصْلِ أبي حَنِيفَةَ: أنَّه لَا يَرَىٰ قِسمةَ الرَّقيقِ، ويَجعَلُه بمنزلةِ أجناسٍ مختلفةٍ، وعندَ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ: بمنزلةِ جِنْسٍ واحدٍ، فلمَّا أوصىٰ بأنْ يُعْتَقَ عبْدٌ عنه قيمتُه مئةُ درهمٍ، فلوْ أُعتِقَ عبْدٌ قيمتُه أقلُّ منْ ذلكَ؛ يَكُونُ ذلكَ العبدُ مِنْ غيرِ جنسِ الَّذي أوصىٰ به المُوصِي، فلَا يَجُوزُ أنْ تُصْرَفَ وصيتُه إلىٰ جنسٍ آخَرَ، وعندَهما: لَمَّا كانَ العبيدُ كلُّها جنسًا واحدًا، فالعبدُ الَّذي قيمتُه أقلُّ مِنْ مئةِ درهمٍ منْ جنسِ العبدِ الَّذي قيمتُه مئةُ درهمٍ، فجازَ صَرْفُ الوصيةِ إليه». كذا في كتابِ «نُكَتِ الوصايا».

فأمَّا إذا لَمْ يَهلَكْ منَ المئةِ شيءٌ وحُجَّ بها، فإنْ بَقِيَ منها شيءٌ رُدَّ علىٰ الورثةِ؛ لأنَّه مالٌ خَلَا عنِ الوصيةِ، قالَ فخرُ الإسلامِ : «فإذا فَضَل شيءٌ رُدَّ علىٰ الورثةِ إلَّا أنْ يَكُونَ المُوصِي جَعَلَ الفضلَ للَّذي يَحُجُّ عنه؛ فيَكُونُ له».

(١) في الأصل: «يكون».

قال: وَمَنْ تركَ ابنَيْنِ ومئةَ درهمٍ، وعبدًا قيمتُهُ مئةٌ، وقدْ كانَ أعتقَهُ في مرضِه، فأجازَ الْوارثانِ ذلكَ، لمْ يسعَ في شيْءٍ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ وَإِنْ كَانَ فِي حُكْمِ الْوَصِيَّةِ وَقَدْ وَقَعَتْ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا أَنَّهَا تَجُوزُ بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ، لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ وَقَدْ أَسْقَطُوهُ.

قال: وَمَنْ أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدِهِ ثُمَّ مَاتَ، فجنَى الْعبدُ جنايةً ودفعَ بها، بطلَتِ الْوصيةُ لِأَنَّ الدَّفْعَ قَدْ صَحَّ لِمَا أَنَّ حَقَّ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ

غاية البيان

قولُه: (قالَ: وَمَنْ تَرَكَ ابنَيْنِ ومئةَ درهمٍ، وعبدًا قيمتُهُ مئةٌ، وقدْ كانَ أعتقَهُ في مرضِه، فأجازَ الْوارثانِ ذلكَ، لَمْ يَسْعَ في شيْءٍ). أيْ: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ»[1].

وذلكَ لأنَّ الإعتاقَ في مرَضِ الموتِ وإنْ كانَ في [٣/٥٣٠ظ] حُكْمِ الوصيةِ، والوصيةُ بأكثرَ منَ الثلُثِ لا تَجُوزُ حقًّا للورثةِ، لكنَّهم لَمَّا أجازُوا العتقَ سَلِمَ ما زادَ علىٰ الثُّلُثِ للعبدِ وهوَ السُّدُسُ؛ لأنَّ العبدَ نصفُ المالِ، والزَّائدُ علىٰ الثُّلُثِ منَ النِّصفِ هوَ[2] السُّدُسُ؛ لأنَّهم أسقطُوا حقَّهم، فصارَ كما إذا أوصَىٰ لرجُلٍ بنصفِ مالِه، فأجازَه الورثةُ، سَلِمَ ذلكَ للموصَىٰ له، فكذلكَ هاهُنا.

قولُه: (قالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ بِعِتْقِ عَبْدِهِ ثُمَّ مَاتَ، فَجَنَىٰ الْعَبْدُ جِنايَةً وَدفعَ بِهَا؛ بطلَتِ الْوَصيَّةُ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ»[3].

اعلمْ: أنَّ العبدَ إذا جَنَىٰ جنايةً خطأً، فحُكْمُه الدَّفْعُ، أو الفِداءُ، ثُمَّ هذا العبدُ المُوصىٰ له بعِتْقِه إذا جَنَىٰ جنايةً بعدَ [٨/٢٩٩ظ/م] موتِ المُوصِي؛ كانَ الورثةُ بالخِيارِ: إنْ شاءُوا دَفَعُوه[4] بالجنايةِ، وإنْ شاءُوا فَدَوْهُ، فإنْ دَفَعُوه بَطَلَتِ الوصيةُ؛

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٥٢٦].

(٢) في الأصل: «وهو». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٥٢٦].

(٤) في الأصل: «دفعوا». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

الْمُوصِي، لِأَنَّهُ يَتَلَقَّى الْمِلْكَ مِنْ جِهَتِهِ إِلَّا أَنَّ مِلْكَهُ فِيهِ بَاقٍ وَإِنَّمَا يَزُولُ بِالدَّفْعِ فَإِذَا خَرَجَ بِهِ عَنْ مِلْكِهِ بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ كَمَا إِذَا بَاعَهُ الْمُوصِي أَوْ وَارِثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ.

فَإِنْ فَدَاهُ الْوَرَثَةُ كَانَ الْفِدَاءُ فِي مَالِهِمْ لِأَنَّهُمْ هُمْ الَّذِينَ الْتَزَمُوهُ، وَجَازَتْ الْوَصِيَّةُ لِأَنَّ الْعَبْدَ طَهُرَ عَنِ الْجِنَايَةِ بِالْفِدَاءِ كَأَنَّهُ لَمْ يَجْنِ فَتَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ.

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِآخَرَ، فَأَقَرَّ الْمُوصَى لَهُ وَالْوَارِثُ: أَنَّ

غاية البيان

لأنَّ الدفعَ يُبْطِلُ حقَّ المالكِ لوْ كانَ حيًّا، فكذلكَ يُبْطِلُ حقَّ مَنْ يتلقَّى المِلْكَ منْ جهتِه، وهوَ الموصَى له.

ألا ترَى أنَّ المُوصِيَ لوْ باعَه أوْ بِيعَ بعدَ موتِه بسببِ الدَّيْنِ أنَّ الوصيةَ تَبْطُلُ، فكذلكَ هاهُنا صَحَّ الإبطالُ؛ لأنَّ حقَّ أولياءِ الجنايةِ مُقَدَّمٌ على حقِّ المالكِ، فكذلكَ يُقَدَّمُ على مَنْ يتلقَّى المِلْكَ مِنَ المالكِ، وإنِ اختارُوا الفِداءَ؛ كانَتِ الديةُ عليهم في مالِهم لالتزامِهم، وجازتِ الوصيَّةُ لطهارةِ[1] العبدِ الفِداءِ عنِ الجنايةِ، فصارَ كأنَّه لَمْ يَجْنِ.

قولُه: (إلَّا أَنَّ مِلْكَهُ فِيهِ بَاقٍ)، استثناءٌ منْ قولِه: (لِمَا أَنَّ حَقَّ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ مُقَدَّمٌ). يَعْنِي: أنَّ مِلْكَ المُوصِي في العبدِ باقٍ مع أنَّ حَقَّ الوليِّ مُقدَّمٌ، وإنَّما يَزولُ مِلْكُه بالدفعِ فما لَمْ يُدفَعْ يَبقَى، حتَّى لوْ كانَ العبدُ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منَ الوارثِ؛ لَا يَعتِقُ عليه، كما إذا كانَ العبدُ أخًا لامرأةِ المُوصِي مثلًا، وإنَّما يَبْقَى مِلْكُه فيه إلى أنْ يَسْتغنِيَ عنْ حاجتِه فيه؛ لأنَّ مِلْكَ الورثةِ بسبيلِ الخِلافةِ، فما لَمْ يَسْتَغْنِ الأصلُ عنْ حاجتِه لَا تَثْبُتُ الخِلافةُ.

قولُه: (طَهُرَ عَنِ الْجِنَايَةِ)، هوَ بالطَّاءِ المهملةِ مِنَ الطَّهارةِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِآخَرَ، فَأَقَرَّ الْمُوصَى لَهُ وَالْوَارِثُ: أَنَّ

(١) في الأصل: «بطهارة». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

الْمَيِّتَ أَعْتَقَ هَذَا الْعَبْدَ، فَقَالَ الْمُوصَى لَهُ: أَعْتَقَهُ فِي الصِّحَّةِ، وَقَالَ الْوَارِثُ: أَعْتَقَهُ فِي الْمَرَضِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَارِثِ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُوصَى لَهُ إِلَّا أَنْ يَفْضُلَ مِنَ الثُّلُثِ شَيْءٌ، أَوْ تَقُومَ لَهُ الْبَيِّنَةُ أَنَّ الْعِتْقَ كان في الصِّحَّةِ؛ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِنْ التَّرِكَةِ بَعْدَ الْعِتْقِ لِأَنَّ الْعِتْقَ فِي الصِّحَّةِ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ وَلِهَذَا يَنْفُذُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَالْوَارِثُ يُنْكِرُ لِأَنَّ مُدَّعَاهُ الْعِتْقُ فِي الْمَرَضِ وَهُوَ وَصِيَّةٌ، وَالْعِتْقُ فِي الْمَرَضِ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ بِثُلُثِ الْمَالِ فَكَانَ مُنْكِرًا، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ مَعَ الْيَمِينِ؛ وَلِأَنَّ الْعِتْقَ حَادِثٌ وَالْحَوَادِثُ تُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ لِلتَّيَقُّنِ بِهَا فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْوَارِثِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ الْيَمِينِ، إِلَّا أَنْ يَفْضُلَ شَيْءٌ مِنْ الثُّلُثِ عَلَى قِيمَةِ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ لَا مُزَاحِمَ لَهُ فِيهِ أَوْ تَقُومَ لَهُ الْبَيِّنَةُ أَنَّ الْعِتْقَ فِي الصِّحَّةِ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالْبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً وَهُوَ خَصْمٌ فِي إِقَامَتِهَا لِإِثْبَاتِ حَقِّهِ.

غاية البيان

الْمَيِّتَ أَعْتَقَ هَذَا الْعَبْدَ، فَقَالَ الْمُوصَى لَهُ: أَعْتَقَهُ فِي الصِّحَّةِ، وَقَالَ الْوَارِثُ: أَعْتَقَهُ فِي الْمَرَضِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَارِثِ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُوصَى لَهُ إِلَّا أَنْ يَفْضُلَ مِنَ الثُّلُثِ شَيْءٌ، أَوْ تَقُومَ لَهُ الْبَيِّنَةُ أَنَّ الْعِتْقَ فِي الصِّحَّةِ)، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ»[1].

وذلكَ لأنَّ غَرَضَ الوارثِ منْ هذا الكلامِ: ألَّا شيءَ للمُوصَى له إلَّا أنْ يَفْضُلَ على قيمةِ العبدِ منَ الثُّلُثِ شيءٌ، فيَكُونُ الفاضلُ للمُوصَى له؛ لأنَّ العتقَ في المرضِ مُقدَّمٌ على سائرِ الوصايا لقوتِه؛ لأنَّه لَا يَحْتَمِلُ الرَّدَّ والنَّقْضَ.

وغرَضُ المُوصَى له: أنَّ العتقَ لَمْ يَكُنْ وصيةً، بَلْ كانَ مُنَفَّذًا مِنْ جميعِ المالِ، ولِي ثُلُثُ ما سِوَى العبدِ منْ مالِ الميِّتِ، والوارثُ يُنْكِرُ ذلكَ. أيْ: يُنكِرُ استحقاقَ الموصى له الثُّلُثَ سِوى العبدِ؛ لأنَّه يَقُولُ: العتقُ كانَ في المرضِ، وهوَ مُقدَّمٌ على

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٦].

وَمَنْ تَرَكَ [٢٩١/و] عَبْدًا، فَقَالَ لِلْوَارِثِ: أَعْتَقَنِي أَبُوكَ فِي الصِّحَّةِ، وَقَالَ رَجُلٌ: لِي عَلَىٰ أَبِيكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَقَالَ: صَدَقْتُمَا؛ فَإِنَّ الْعَبْدَ يَسْعَىٰ فِي قِيمَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَعْتِقُ، وَلَا يَسْعَىٰ فِي شَيْءٍ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ وَالْعِتْقَ فِي الصِّحَّةِ ظَهَرَا مَعًا بِتَصْدِيقِ الْوَارِثِ فِي كَلَامٍ وَاحِدٍ فَصَارَا كَأَنَّهُمَا كَانَا مَعًا، وَالْعِتْقُ فِي الصِّحَّةِ لَا يُوجِبُ السِّعَايَةَ وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمُعْتِقِ دَيْنٌ.

غاية البيان

الوصيَّةِ، فلَمَّا كانَ الوارثُ مُنْكِرًا؛ كانَ القولُ قولَه؛ لأنَّ القولَ [٣٠٠/٨و/م] قولُ المُنْكِرِ معَ اليمينِ.

فإذا كانَ القولُ قولَ الوارثِ؛ كانَ الثُّلُثُ مُستحَقًّا بالعتقِ، فإنْ فَضَلَ شيءٌ منه إلىٰ تمامِ الثُّلُثِ؛ فهوَ للمُوصَىٰ له، وإن لَمْ يَفضُلْ فلَا شيءَ للمُوصَىٰ له، إلَّا إذا أقامَ البيِّنَةَ أنَّ العتقَ كانَ في [٥٣١/٣و] الصحَّةِ، ولَمْ يَكُنْ وصيةً، فحينئذٍ يَكُونُ ثُلُثُ المالِ للمُوصَىٰ له.

قالُوا: ويَجِبُ أنْ يُسْتَحلَفَ الوارثُ إنْ لَمْ تَقُمْ[1] بيِّنةٌ للمُوصَىٰ له بالثُّلُثِ، ولأنَّ الحوادثَ[2] تُضافُ إلىٰ أقربِ الأوقاتِ إذا جُهِلَ التَّاريخُ، وأقربُ الأوقاتِ حالُ المرضِ، فيُضَافُ العتقُ الحادِثُ إليه لِتيقُّنِ الأقربِ ما لَمْ يَتبَيَّنْ أنَّه مِنْ قَبْلُ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ تَرَكَ عَبْدًا، فَقَالَ لِلْوَارِثِ: أَعْتَقَنِي أَبُوكَ فِي الصِّحَّةِ، وَقَالَ رَجُلٌ: لِي عَلَىٰ أَبِيكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَقَالَ: صَدَقْتُمَا؛ فَإِنَّ الْعَبْدَ يَسْعَىٰ فِي قِيمَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَقَالَا: يَعْتِقُ، وَلَا يَسْعَىٰ فِي شَيْءٍ)، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصَّغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ ماتَ وتَرَكَ ابنًا وتَرَكَ عبدًا، فقالَ العبدُ: أعتَقَنِي أبُوكَ في صحتِه، وقالَ رجلٌ: لِي علىٰ أبيكَ

(١) في الأصل: «تكن». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٢) في الأصل: «الحادث». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

وَلَهُ أَنَّ الْإِقْرَارَ بِالدَّيْنِ أَقْوَىٰ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَالْإِقْرَارُ بِالْعِتْقِ فِي الْمَرَضِ يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ، وَالْأَقْوَىٰ يَدْفَعُ الْأَدْنَىٰ، فَقَضِيَّتُهُ أَنْ يَبْطُلَ الْعِتْقُ أَصْلًا إِلَّا أَنَّهُ بَعْدَ وُقُوعِهِ لَا يَحْتَمِلُ الْبُطْلَانَ فَيُدْفَعُ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَىٰ بِإِيجَابِ السِّعَايَةِ، وَلِأَنَّ الدَّيْنَ أَسْبَقُ لِأَنَّهُ لَا مَانِعَ لَهُ مِنَ الِاسْتِنَادِ فَيَسْتَنِدُ إِلَىٰ حَالَةِ الصِّحَّةِ، وَلَا يُمْكِنُ إِسْنَادُ الْعِتْقِ إِلَىٰ تِلْكَ الْحَالَةِ لِأَنَّ الدَّيْنَ يَمْنَعُ الْعِتْقَ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ مَجَّانًا فَتَجِبُ السِّعَايَةُ.

ألفُ درهمٍ، فقالَ الابنُ: صَدَقْتُما، قالَ: يَسْعَىٰ العبدُ في قيمتِه. وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ رحمهما الله: الغُلامُ حُرٌّ، ولَا يَسْعَىٰ في قيمتِه، ويُجْعَلُ كأنَّه حَقٌّ كلُّه؛ لأنَّه أقرَّ به معًا»[١]. إلىٰ هنا لفظُ [أصلِ][٢] «الجامعِ الصَّغيرِ».

لهما: أنَّ العتقَ في الصحَّةِ والدَّيْنَ ظهَرَا معًا بتصديقِ الابنِ، فلمَّا ظهَرَا معًا؛ استَوَيَا وَلَمْ يَدفَعْ أحدُهما الآخرَ، فجُعِلَ كلُّ واحدٍ منهما حقًّا، فثَبَتَ العتقُ في الصحةِ، والعتقُ إذا ثَبَتَ في الصحةِ لَا يُوجِبُ السِّعَايةَ، وإنْ كانَ المُعْتِقُ مَدْيونًا، ولكنْ لَمَّا لَمْ يَبْقَ شيءٌ آخَرُ يُقضَىٰ به الدَّيْنُ؛ بَطَلَ الدَّينُ، وإنَّما قُلْنا: لَمْ يَدْفَعْ أحدُهما الآخَرَ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما لوِ انفرَدَ كانَ أَوْلَىٰ مِنْ صاحبِه. كذا قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ رحمه الله.

ولأبي حَنِيفَةَ رحمه الله وجهانِ:

أحدُهما: أنَّ الدَّيْنَ أقوىٰ منَ الإقرارِ بالعتقِ، فدَفَعَ الأقوَىٰ الأضعفَ.

والدليلُ علىٰ ذلكَ: أنَّ الدَّيْنَ يَصِحُّ منْ رأسِ المالِ، لَا منَ الثلُثِ فحَسْبُ؛ وأنَّه[٣] لَا يُعْتَبَرُ وصيةً منَ المريضِ، والإقرارُ بالعتقِ في المرضِ يَصِحُّ مِنَ الثُّلُثِ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٦].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٣) في الأصل: «لأنه». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافُ إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَتَرَكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَقَالَ رَجُلٌ: لِي عَلَى الْمَيِّتِ أَلْفُ دِرْهَمٍ دَيْنٌ، وَقَالَ آخَرُ: كَانَ لِي عِنْدَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً، فَعِنْدَهُ: الْوَدِيعَةُ أَقْوَىٰ، وَعِنْدَهُمَا: سَوَاءٌ.

غاية البيان

لَا غيرَ، و[إسنادُ][1] الإقرارِ بالعتقِ إلىٰ الصحةِ إنَّمَا يَصِحُّ إذا لَمْ يُوجَدِ المانعُ مِنَ الإسنادِ، وقدْ وُجِدَ المانعُ، وهوَ أنَّ شُغْلَ الدَّيْنِ قَارَنَه، فمَنَعَ الإسنَادَ إلىٰ حالةِ الصحةِ، فاقْتصَرَ العتقُ علىٰ حالةِ المرضِ، فعلىٰ هذا كانَ يَنْبَغي أنْ يُبْطَلَ العتقُ أصلًا، إلَّا أنَّه بعدَ وقوعِه لَا [٨/٣٠٠ظ/م] يَحتمِلُ الفسخَ، فيُفْسَخُ مِنْ حيثُ المعنىٰ بإيجابِ السِّعَايةِ علىٰ العبدِ، ويُقْضَىٰ به الدَّيْنُ، ولَا يُفْسَخُ مِن حيثُ الصورةُ.

ولأنَّ الدَّيْنَ أسبقُ؛ لأنَّه لَا مانعَ مِنْ إسنادِ الدَّيْنِ إلىٰ حالةِ الصحةِ؛ لأنَّ الإقرارَ بالدَّينِ يَصِحُّ منْ رأسِ المالِ مِنَ الصَّحيحِ والمريضِ جميعًا، وإسنادُ العتقِ إلىٰ حالةِ الصِّحةِ لَا يُمْكِنُ؛ لأنَّ الدَّيْنَ يَمْنَعُ أنْ يَقَعَ العتقُ مجَّانًا، فلَا جَرَمَ وَجَبَ السِّعَايةُ عليه، وإقرارُ الوارثِ بمنزلةِ إقرارِ المريضِ، ولوْ أنَّ المريضَ أقرَّ في مَرضِه أنَّه أعتقَ هذا العبدَ في صحتِه، وأقرَّ بدَيْنٍ؛ كانَ الدَّيْنُ أولَىٰ، فكذا إذا أقرَّ الوارثُ.

قولُه: (وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافُ إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَتَرَكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَقَالَ رَجُلٌ: لِي عَلَى الْمَيِّتِ أَلْفُ دِرْهَمٍ دَيْنٌ، وَقَالَ [٣/٥٣١ظ] آخَرُ: كَانَ لِي عِنْدَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً، فَعِنْدَهُ: الْوَدِيعَةُ أَقْوَىٰ، وَعِنْدَهُمَا: سَوَاءٌ).

اعلمْ: أنَّ صاحبَ «**الهدايةِ**» ﷺ جَعَلَ الوديعةَ أقوىٰ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وجَعَلَ الدَّيْنَ والوديعةَ سواءً عندَ صاحبَيْه ﷺ، وفي ذِكْرِ الخلافِ علىٰ هذا الوجهِ نَظَرٌ عندي؛ لأنَّ الكِبارَ قبْلَ صاحبِ «**الهدايةِ**» ذَكَرُوا الخلافَ علىٰ عكسِ هذا.

ألَا تَرَىٰ أنَّ الحاكمَ الشهيدَ قالَ في «**مختصرِ الكافي**»: «ولوْ قالَ له رَجُلٌ:

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

....

هذه الألفُ الَّتي تَرَكَها أبُوكَ وديعةٌ لي، وقالَ آخَرُ: لي على أبيكَ ألفُ درهمٍ دَيْنٌ، فقالَ صدَقْتُما؛ فإنَّ أبا حنيفةَ قالَ الألفُ بينَهما نصفانِ، وقالَ أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: صاحبُ الوديعةِ أَوْلَى بها»[١]. ذَكَرَه في بابِ إقرارِ الوارثِ بالدَّيْنِ.

وألَا تَرَىٰ أنَّ الفقيهَ أبا الليثِ السَّمرقَنديَّ ﷺ ذَكَرَ في كتابِ «**مختلفِ الرِّوايةِ**» في كتابِ الإقرارِ، فقالَ[٢]: «ولوْ قالَ له رجلٌ: هذا الألفُ الَّذي تَرَكها أبُوكَ وديعةٌ لي، وقالَ آخَرُ: لِي علىٰ أبيكَ دَيْنٌ ألفُ درهمٍ، فقالَ الابنُ: صدَقْتُما؛ فإنَّ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ الألفَ بينهما نصفانِ، وعندَهما: صاحبُ الوديعةُ أَوْلَىٰ»[٣].

وقالَ القُدُوريُّ ﷺ في كتابِ «التَّقريبِ»: «قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ إذا ماتَ الرَّجلُ وتَرَكَ ألفًا، فقالَ رجلٌ لوارثِه: لِي علىٰ الميِّتِ ألفٌ دَيْنٌ، وقالَ الآخَرُ: هذه الألفُ وديعةٌ لي، فقالَ الوارثُ: صدَقْتُما؛ فالألفُ بينهما، وقالَا: هوَ لصاحبِ الوديعةِ».

وكذلكَ ذَكَر فخرُ الإسلام البَزْدَوِيُّ والصدْرُ الشهيدُ ﷺ في شَرْحِهما لـ: «**الجامعِ الصَّغيرِ**»، فقالَا: الوديعةُ أَوْلىٰ عندَهما، وعندَ أبي حنيفة ﷺ هما سواءٌ.

وكذلكَ ذَكَرَ الإمامُ نجْمُ الدينِ أبو حَفْصٍ عُمَرُ النَّسَفِيُّ ﷺ في كتابِ «**الحَصْرِ**»، وعلاءُ الدِّين [٨/٣٠١و/م] العالمُ في «**المختلفِ**» ﷺ فقالَا: «لوْ قالَ له رجلٌ: هذه الألفُ الَّتي تَرَكَها أبوكَ وديعةٌ لي، وقالَ آخَرُ: لي علىٰ أبيكَ ألفُ درهمٍ دَيْنٌ، فقالَ: صدَقْتُما؛ فالألفُ بينَهما نصفانِ، وقالَا: صاحبُ الوديعةِ أَحَقُّ بها».

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٩٥].

(٢) في الأصل: «فقال الابن». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختلف الرواية».

(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث [١٦٩٣/٣].

. . . .

وكذلكَ في «**المنظومةِ**» في كتابِ الإقرارِ في بابِ أبي حَنِيفَةَ خلافًا لصاحبَيْه.

لَوْ تُرِكَتْ أَلْفٌ وَهَذَا يَدَّعِي ❁ دَيْنًا وَذَاكَ قَالَ هَذَا مُودَعِي

وَالِابْنُ قَدْ صَدَّقَ هَذَيْنِ مَعًا ❁ اسْتَوَيَا وَأُعْطِيَا مَنْ أَوْدَعَا

وبيَّنَ الفقيهُ وَجْهَ الخِلافِ في «**مختلفِ الرِّوايةِ**»، فقالَ: «وجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ صاحبَ الدَّيْنِ لمَّا ادَّعَىٰ الدَّيْنَ فقدِ ادَّعىٰ حقًّا في الذمَّةِ منقولًا إلىٰ العَيْنِ، نصارَ مُدَّعِيًا العينَ، وصاحبُ الوديعةِ يَدَّعِي العينَ أيضًا، فإذا كانَ كذلكَ فكلُّ واحدٍ منهما يَدَّعي العينَ، فصارَ مُدَّعِيًا للعَيْنِ، وصدَّقهما الوارثُ فيه، فصارَ مُسْتَوِيَيْنِ بالحقِّ في تلكَ العينِ، فكانَ بينَهما.

وجهُ قولِهما: أنَّ صاحبَ الدَّينِ يَدَّعي حقًّا في الذمَّةِ انتقَلَ إلىٰ العينِ، وصاحبُ الوديعةِ يَدَّعي العينَ، فإذا قالَ: صدَقْتُما فقدْ سَبَقَ حقُّ صاحبِ الوديعةِ إلىٰ العينِ قبلَ ثُبوتِ حقِّ صاحبِ الدَّيْنِ فيه، فكانَ أَوْلَىٰ به»[1].

واللهُ أعلمُ.

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٤/١٦٩٣، ١٦٩٤].

فَصْلٌ

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِوَصَايَا مِنْ حُقُوقِ اللهِ تعالى؛ قُدِّمَتِ الْفَرَائِضُ مِنْهَا، قَدَّمَهَا الْمُوصِي، أَوْ أَخَّرَهَا، مِثْلَ: الْحَجِّ، وَالزَّكَاةِ، وَالْكَفَّارَاتِ؛ لِأَنَّ الْفَرِيضَةَ

فَصْلٌ

تَرجَمَ هذا الفصلَ في «مختصرِ الكَرْخِيِّ»: ببابِ الوصايا إذا ضاقَ عنها الثُّلُثُ.

وقيلَ: قدَّم بابَ العتقِ في المرضِ على هذا الفصلِ لقُوَّتِه؛ لأنَّ العتقَ لَا يَلْحَقُه الفسخُ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِوَصَايَا مِنْ حُقُوقِ اللهِ تعالى؛ قُدِّمَتِ الْفَرَائِضُ مِنْهَا، قَدَّمَهَا الْمُوصِي، أَوْ أَخَّرَهَا، مِثْلَ: الْحَجِّ، وَالزَّكَاةِ، وَالْكَفَّارَاتِ) [٣/٥٣٢و]، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «وما ليسَ بواجبٍ قُدِّمَ منه ما قَدَّمَه المُوصِي»[1].

قالَ الشيخُ أبو الحسن الكرخيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «قالَ هشامٌ عنْ محمَّدٍ عنْ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ وهوَ قولُ محمَّدٍ أيضًا ﷺ: إنَّ كلَّ شيءٍ كانَ جميعُه للهِ في وُجوهٍ منَ الحجِّ، والصَّدقةِ، والعتقِ وغيرِ ذلكَ، فأوصَى به رجلٌ، فكانَ الثُّلُثُ لَا يَبْلُغُ ذلكَ كلَّه، فإنْ كانَ كُلُّه تَطَوُّعًا بُدِئَ بالأَوَّلِ فالأَوَّلِ ممَّا نَطَقَ به حتَّى يأتِيَ به على آخرِه، أو يَنقَضِي الثلُثُ، فيَبْطُلُ ما بَقِيَ.

وكذلكَ إذا كانَتِ الوصايا كلُّها فريضةً بُدِئَ بالأُولَى فالأُولَى حتَّى يَكُونَ النُّقصانُ على الآخِرِ، وإنْ كانَ بعْضُه فريضةً، وبعضُه تَطوُّعًا؛ بُدِئَ بالفريضةِ وإنْ أخَّرَها، وإنْ كانَ بعضُه تَطوُّعًا، وبعضُه مِنْ شيءٍ أوجبَه على نفسِه؛ بُدِئَ بالَّذي أوجبَه على نفسِه، وإنْ كانَ قدْ أخَّرَه في مَنْطِقِه. قالَ هشامٌ: إلى هنا [٨/٣٠١ظ/م] قولِهم جميعًا.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٣].

أَهَمُّ مِنَ النَّافِلَةِ، وَالظَّاهِرُ مِنْهُ الْبُدَاءَةُ بِمَا هُوَ الأَهَمُّ.

غاية البيان

وقالَ محمَّدٌ نفسُه: وإنْ كانَ بعضُه فريضةً، وبعضُه شيئًا أوجَبه على نفسِه، وبعضُه تَطوُّعًا؛ بُدِئَ بالفريضةِ، وإنْ كانَ أخَّرَها في مَنْطِقِه، ثُمَّ بُدِئَ بالَّذي أوجبَه على نفسِه، وإنْ كانَ هوَ أخَّرَه في مَنْطِقِه، ويُفْعَلُ التطوعُ آخِرَ ذلكَ.

وإنْ كانَ أوصَى مع هذا بوصايا لإنسانٍ بعَيْنِه؛ تَحاصُّوا جميعًا في الثُّلُثِ، فأُعْطِيَ كلُّ إنسانٍ حقَّه على قَدْرِ ما أصابَه، ثُمَّ جميعُ ما أصابَ هذه الأشياءَ كلَّها يُصْنَعُ به كما وَصَفْتُ لكَ، فإنْ كانَ فيه عِتْقُ بَتاتٍ بُدِئَ به قبْلَ هذا، وإنْ كانَ قالَ: أعتِقُوا ـ [يَعْنِي: أعتِقوا فُلانًا][(1)] ـ تَحاصُّوا».

قالَ أبو الحسنِ ﷺ: «وإذا ابتَدأَ بالفرائضِ بُدِئَ بالأوَّلِ فالأولِ منه في اللَّفظِ، وكذلكَ إذا بَدَأَ بالواجبِ بُدِئَ بالأوَّلِ فالأوَّلِ منه في اللَّفظِ، وكذلكَ التطوُّعُ إذا ضُمَّ إليه بُدِئَ بالأوَّلِ فالأوَّلِ منه في لفظِ المُوصِي.

قالَ ابنُ سَماعةَ عن محمَّدٍ ﷺ **في «نوادرِه»:** سمعْتُ محمَّدًا ﷺ قالَ في رَجُلٍ أوصى بكفارةِ قتْلٍ، وكفارةِ أيمانٍ، وبصدقةِ فِطْرٍ، وبضحايا تُذْبَحُ عنه وبنُذورٍ، قالَ: أبْدأُ بكفارةِ القتلِ، وكفَّارةِ اليمينِ إنْ بَلَغَ الثلُثُ ذلكَ، وإن لَمْ يَبْلُغ بَدَأْتُ بما بَدَأَ به منهما.

وإنْ بَلَغَ الثُّلُثُ [ذلكَ][(2)] وفَضَل عنهما؛ جعلْتُ صدقةَ الفِطْرِ بعدَهما؛ لأنَّها أحبُّ عندي منَ الأضاحي؛ لأنَّه لَمْ يَختلِفْ أحدٌ في صدقةِ الفِطرِ، وقدِ اختَلفوا في الأضاحي، فرَآهُ بعضُهم واجبًا على الغَنِيِّ وَلَمْ يَرَ بعضُهم، فإنْ فَضَلَ الثُّلُثُ عن صدقةِ الفِطرِ؛ جعلْتُ ما بَقِيَ في النُّذورِ»[(3)]. إلى هنا لفظُ الشيخِ أبي الحسنِ

---

(1) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(2) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ر».

(3) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٠/ داماد].

الكَرْخِيِّ رحمه الله في «مختصرِه».

اعلمْ: أنَّ الشيخَ أبا الحسنِ الكَرْخِيَّ لَمْ يُقَدِّمْ بعضَ الفرائضِ علىٰ البعضِ، بَلْ قالَ: يُبْدَأُ بما بَدَأَ به المُوصي وأخذَه علماؤُنا رحمهم الله، ولكنَّ الشيخَ أبا جعفرٍ الطَّحاوِيَّ قدَّمَ في «مختصرِه» الزكاةَ علىٰ الحجِّ الفريضةِ.

قالَ في «شرحِ الأقطعِ» رحمه الله: «وهوَ إحدىٰ الروايتَيْنِ عنْ أبي يوسفَ رحمه الله، وفي روايةٍ أُخرىٰ: يُقَدَّم الحَجُّ»[1].

وقالَ القُدوريُّ رحمه الله في كتابِ «التَّقريبِ»: وعنْ أبي يوسفَ رحمه الله في «الإملاءِ»: أنَّ الزَّكاةَ والحَجَّ يَتحاصَّانِ.

وقالَ ابنُ شُجاعٍ: عنْ أبي يوسفَ: إنَّ الزكاةَ والحَجَّ سواءٌ، ثُمَّ رَجَعَ وقالَ: الزَّكاةُ أَوجَبُ». كذا في «التَّقريبِ».

ثُمَّ نَرجعُ إلىٰ ما قالَ في «المتنِ»، فنَقُولُ: إنَّما يُقَدَّمُ الفرائضُ، وإنْ أخَّرَها المُوصِي [٣٠٢/٨و/م] في مَنْطِقِه؛ لأنَّ أمورَ المسلمينَ مَحمولةٌ علىٰ الصحةِ ما أمكَنَ [٥٣٢/٣ظ]، والحَمْلُ علىٰ الصحةِ في تقديمِ الفرائضِ؛ لأنَّ الفريضةَ هيَ الأهمُّ، والأَولىٰ منَ النَّوافلِ، ولَا يُحْمَلُ علىٰ أنَّ الموصِيَ اشتَغَلَ بالنَّافلةِ، وضيَّعَ الفريضةَ، فلِذلك قُدِّمَتِ الفرائضُ، وهذا لأنَّ مِنْ شأنِ المؤمنِ أنَّ تَأْدِيةَ الفرائضِ أهمُّ عندَه منَ النافلةِ، وإن تَساوَتِ الفرائضُ في القوَّةِ بُدِئَ بما بَدَأَ به المُوصِي؛ لأنَّ الإنسانَ إنَّما يَبْتَدِئُ بما هوَ الأهمُّ.

ثُمَّ تقديمُ الزكاةِ والحجِّ علىٰ الكفَّاراتِ لقُوَّتِهما، حيثُ جاءَ فيهما منَ الوعيدِ ما لَمْ يأتِ في الكفَّاراتِ؛ لقولِه تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكۡنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلۡفِضَّةَ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢ق/٤٠٣].

....

وَلَا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ۝ يَوْمَ يُحْمَىٰ عَلَيْهَا فِي نَارِ جَهَنَّمَ فَتُكْوَىٰ بِهَا جِبَاهُهُمْ وَجُنُوبُهُمْ وَظُهُورُهُمْ هَٰذَا مَا كَنَزْتُمْ لِأَنفُسِكُمْ فَذُوقُوا۟ مَا كُنتُمْ تَكْنِزُونَ ﴾ [التوبة: ٣٤ ـ ٣٥].

ورَوَىٰ البخاريُّ ﷺ: بإسنادِه إلىٰ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**مَنْ آتَاهُ اللهُ مَالًا، فَلَمْ يُؤَدِّ زَكَاتَهُ؛ مُثِّلَ لَهُ مَالُهُ يَوْمَ القِيَامَةِ شُجَاعًا أَقْرَعَ، لَهُ زَبِيبَتَانِ يُطَوَّقُهُ يَوْمَ القِيَامَةِ، ثُمَّ يَأْخُذُ بِلِهْزِمَتَيْهِ ـ يَعْنِي: بِشِدْقَيْهِ ـ ثُمَّ يَقُولُ: أَنَا مَالُكَ، أَنَا كَنْزُكَ، ثُمَّ تَلَا** ﴿وَلَا يَحْسَبَنَّ ٱلَّذِينَ يَبْخَلُونَ بِمَآ ءَاتَىٰهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ الآية»[1].

والأقرعُ: الَّذي لَا شَعرَ علىٰ رأسِه؛ لكثرةِ سُمِّه.

والزَّبِيبَتانِ: زُبْدَتَانِ[2] في شِدْقَيْه، ويُقال: نُقطَتانِ سَوْدَاوَانِ فوقَ عينَيْه.

وقالَ اللهُ تعالىٰ: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ۚ وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِىٌّ عَنِ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾ [آل عمران: ٩٧]، أي: ومَنْ لَمْ يَحُجَّ.

ورُوِيَ عنْ رسولِ اللهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «**مَنْ ماتَ وَلَمْ يَحُجَّ؛ فَلْيَمُتْ يَهُودِيًّا، أو نَصْرَانِيًّا**»[3].

ثُمَّ كفارةُ القتلِ والظِّهارِ واليمينِ مُقدَّمةٌ علىٰ صدقةِ الفِطْرِ؛ لأنَّ كتابَ اللهِ تعالىٰ دَلَّ علىٰ وُجوبِ هذه الكفَّاراتِ، ولَمْ يَدُلَّ علىٰ وجوبِ صدقةِ الفِطْرِ، ثُمَّ صدقةُ الفِطْرِ مُقدَّمةٌ لاتِّفاقِ الأُمَّةِ علىٰ وجوبِها علىٰ الأُضحيةِ؛ لاختلافِهم في

---

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الزكاة/ باب إثم مانع الزكاة [رقم/١٣٣٨]، وغيره من حديث: أبي هُرَيْرَةَ ﷺ.

(٢) يقال: تكلم فلان حتىٰ زَبَّب شِدْقاه، أي: خرَج الزَّبَدُ عليهما، أو هما نابانِ يخرُجان مِن فيه، وهو أوْحَش ما يكون من الحيَّات وأخبثه. ينظر: «إرشاد الساري» للقسطلاني [٩/٣].

(٣) مضىٰ تخريجه من حديث أبي أمامة ﷺ به.

. . . .

وُجوبِها، وعلىٰ هذا القياسِ يُقدَّمُ بعضُ الواجباتِ.

قالَ في «تحفةِ الفقهاءِ»: «قالُوا: يُقدَّمُ الحجُّ والزكاةُ علىٰ الكفَّاراتِ المذكورةِ في القرآنِ، ثُمَّ هذه الكفَّاراتُ مُقدَّمةٌ علىٰ صدقةِ الفِطْرِ، والفِطرةُ مُقدَّمةٌ علىٰ كفارةِ الفِطْرِ؛ لأنَّها تَثْبُتُ بخبرِ الواحدِ، وهيَ مُقدَّمةٌ علىٰ المَنْذورِ، وهوَ [٣٠٢/٨هـ/م] مُقدَّمٌ علىٰ الأُضحيةِ، والواجباتُ كلُّها مُقدَّمةٌ علىٰ النَّوافلِ.

وأمَّا إذا كانَ [معَ][1] الوصايا الثابتةِ لحقِّ اللهِ تعالىٰ [الوصيةُ][2] للآدميِّ، فإنَّ الموصَىٰ له يَضْرِبُ معَ الوصايا في القُرَبِ، ويُجْعَلُ كُلُّ جهةٍ منْ جهاتِ القُرَبِ مُفرَدةً بالضَّربِ، ولَا يُجْعَلُ كلُّها جهةً واحدةً، فإنْ قالَ: ثلُثُ مالي في الحجِّ والزكاةِ والكفَّاراتِ ولزَيْدٍ؛ يُقْسَمُ علىٰ أربعةِ أسهُمٍ؛ لأنَّ كُلَّ جِهَةٍ غيرُ الأُخرَىٰ، ولَا يُقدَّمُ الفرضُ علىٰ حقِّ الآدميِّ لحاجةِ العبدِ إليه.

ثُمَّ إنَّما يُصْرَفُ الثُّلُثُ إلىٰ الحجِّ [٥٣٣/٣ر] الفرضِ والزكاةِ والكفَّاراتِ إذا أوصَىٰ بها، فأمَّا بدونِ الوصيةِ؛ فلَا يُصْرَفُ الثلُثُ إليها، بَل تَسْقُطُ عندَنا خِلافًا للشَّافعيِّ ﷺ علىٰ ما مَرَّ في الزكاةِ، وإذا أوصَىٰ يُعْتَبَرُ منَ الثُّلُثِ لتعلُّقِ حَقِّ الورثةِ بمالِه في مرضِ الموتِ»[3].

ثُمَّ وجهُ الرِّوايةِ الَّتي رُوِيَتْ: أنَّ الزكاةَ مقدَّمةٌ علىٰ الحجِّ أنَّ كلَّ واحدٍ منهما منصوصٌ عليه في القرآنِ، ولكنَّ الزكاةَ يَتَعَلَّقُ بها حقُّ العبدِ، فكانَتْ أقْوَىٰ، ولأنَّ المُسْتحَقَّ بالزكاةِ جزءٌ منَ المالِ، وأداءُ الزكاةِ بالمالِ، وأداءُ الحجِّ بالبَدَنِ، فكانَتِ الزكاةُ في تَعلُّقِها بالمالِ أقوىٰ منَ الحجِّ، ولهذا تَسقُطُ الزكاةُ بهَلاكِ المالِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«م»، و«فا٢»، و«ر».

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٢١١ ـ ٢١٢].

. . . .

ولأنَّ أبا بكرٍ الصِّدِّيقِ رضي الله عنه وسائرَ الصحابةِ رضي الله عنهم قاتَلوا أهلَ الرِّدَّةِ علىٰ مَنْعِ الزكاةِ، فصارَ لها هذه المَزِيَّةُ، فكانَتْ أَوْلَىٰ بالتَّقديمِ منَ الحَجِّ؛ لأنَّ الإمامَ لَا مَدْخَلَ له في إجبارِ النَّاسِ علىٰ الحجِّ.

ووجهُ الرِّوايةِ الأُخرَىٰ: أنَّ الحجَّ فَرْضُ العُمْرِ، وهوَ مُتعلِّقٌ بالمالِ والبدنِ جميعًا، والزكاةُ بالمالِ وحدَه، فكانَ الحَجُّ أقوىٰ.

وقالَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرخَسِيُّ رحمه الله **في «شرحِ الكافي»**: «فإنْ قيلَ: إذا كانَتِ الوصيةُ بحَجَّةِ الإسلامِ، فيَنْبَغِي أنْ يُقدَّمَ علىٰ الوصيةِ لإنسانٍ؛ لأنَّ ذلكَ ليسَ بفَرْضٍ، والحَجُّ فريضةٌ»(1).

قُلْنا: هذا إذا اتَّحدَ المُسْتحِقُّ، فأمَّا [عندَ اختلافِ](2) المُسْتحِقِّ فلَا يُعْتَبَرُ قوَّةُ الوصيَّةِ.

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيجابيُّ رحمه الله في كتابِ الزَّكاةِ منْ «**شرحِ الطَّحاويِّ**» رحمه الله(3): «ثُمَّ الوصايا لَا تَخْلُو: إمَّا أنْ تَكونَ كُلُّها للهِ تعالىٰ، أوْ كُلُّها للعبادِ، وما كانَ للهِ تعالىٰ فلَا يَخلُو: إمَّا أنْ يَكُونَ فرائضَ، كالزكاةِ، والحَجِّ، والصومِ، والصلاةِ، أو كُلُّها واجباتٍ، كالكفاراتِ، والنُّذُورِ، وصدقةِ الفِطْرِ، أوْ كُلُّها تطوُّعٌ، كالوصيةِ بحَجِّ التطوُّعِ، أو الصدقةِ علىٰ الفقراءِ، أو للمسجدِ [٣٠٣/٨و/م] وما أشبَه ذلكَ، أوْ جَمَعَ هذه الوصايا كُلَّها.

فإنْ كانَ ثلُثُ مالِه يَحْتمِلُ جميعَ ما أوصَىٰ به؛ فإنَّه تَنْفُذُ وصاياه كلُّها منْ ثلُثِ مالِه، وإنْ كانَ ثلُثُ مالِه لَا يَحتمِلُ جميعَ ذلكَ، فإنْ أجازَتِ الورثةُ فكذلكَ، وإنْ

---

(1) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [١٧٥/٢٧].

(2) وقع في الأصل: «إذا اختلف». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(3) من هنا بدأ النقل من «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجابِيِّ [ق/١٢١].

. . . .

لَمْ تُجِزِ الورثةُ فإنَّه يُنظَرُ: إنْ كانَتْ وصاياه كُلُّها للعبادِ فإنَّهم يَتَضارَبُونَ بالثُّلُثِ بينَهم بالحِصَصِ.

فإنْ كانَتْ وصاياهُ كُلُّها للهِ تعالىٰ فإنَّه يُنظَرُ: إنْ كانَ كلُّها فرائضَ يُبْدَأُ بما بَدَأَ به، وإنْ كانَتْ كُلُّها واجباتٍ فإنَّه يُبْدَأُ بما بدأَ به أيضًا، وكذلكَ إذا كانَتْ كلُّها تطوُّعًا، وإنْ كانَ بعضُها فرائضَ، وبعضُها واجباتٍ، وبعضُها تطوُّعًا: فإنَّه يُبْدَأُ بالفرائضِ أوَّلًا وإنْ أخَّرَها، ثُمَّ بالواجباتِ، ثُمَّ بالنَّوافلِ.

وإنْ جَمَعَ هذه الوصايا كُلَّها، فإنَّهم يَتَضارُبونَ في الثُّلُثِ بوصاياهم، فما أصابَ العِبادَ فهوَ لهم، ولَا يُقَدَّمُ بعضُهم علىٰ بعضٍ، وما كانَ للهِ يُجْمَعُ ذلكَ كُلُّه، فيُبْدَأُ منها[1] بالفرائضِ، ثُمَّ بالواجباتِ، ثُمَّ بالتطوُّعِ، هذا إذا لَمْ يَكُنْ في الوصيَّةِ عِتْقٌ مُنَفَّذٌ، ولَا مُحاباةٌ مُنَجَّزةٌ.

فإنْ كانَ ثَمَّ عِتْقٌ مُنَفَّذٌ، أو مُحاباةٌ مُنجَّزةٌ؛ فإنَّ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵁: إنْ كانَتِ المُحاباةُ مُتقدِّمةً علىٰ العتقِ؛ يُصْرَفُ الثُّلُثُ كلُّه [٣/٥٣٣ظ] إلىٰ المُحاباةِ، ثُمَّ إلىٰ العتقِ، ثُمَّ إلىٰ سائرِ الوصايا، وإنْ كانَ العتقُ مُتقَدِّمًا يُصْرَفُ الثلُثُ إليهما جميعًا، فإذا فَضَلَ منه، فحينئذٍ يُصْرَفُ الفضلُ إلىٰ سائرِ الوصايا، وعندَهما: المُحاباةُ وسائرُ الوصايا سواءٌ، وإنَّما يُصْرَفُ إلىٰ العتقِ، فإنْ فَضَلَ منه يُصْرَفُ إلىٰ سائرِ الوصايا والمُحاباةِ[2]. كذا في «**شرحِ الطَّحاويِّ**» ﵀.

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيجابيُّ أيضًا ﵀ في كتابِ الوصايا منْ «**شرحِ الطَّحاويِّ**»: «وإذا أوصىٰ الرَّجُل بوصايا، فإنَّ جوازَها منَ الثُّلُثِ إنْ بَلَغَ الثُّلُثَ لهم جميعًا؛ فَبِها ونِعْمَتْ، وإنْ لَمْ يَبْلُغ كيفَ يُقْسَمُ الثُّلُثُ بينَهم؟

---

(١) في الأصل: «منه». والمثبت من: «ن»، و«قا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٢) إلىٰ هنا انتهىٰ النقل من «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجابِيِّ [ق/١٢١].

(وإن تَسَاوَتْ فِي الْقُوَّةِ بُدِئَ بِمَا قَدَّمَهُ الْمُوصِي إذَا ضَاقَ عَنْهَا الثُّلُثُ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَبْتَدِئُ بِالْأَهَمِّ. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ يَبْتَدِئُ بِالزَّكَاةِ وَيُقَدِّمُهَا عَلَىٰ الْحَجِّ وَهُوَ إِحْدَىٰ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَفِي رِوَايَةٍ عَنْهُ أَنَّهُ يُقَدِّمُ الْحَجَّ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ.

غاية البيان

فالوجهُ في ذلكَ: أنْ تُجْمَعَ الوصايا كُلُّها، ثُمَّ يُنْظَرُ إليها وإلىٰ الثُّلُثِ، وإلىٰ نُقصانِه منَ الوصايا، فإنْ كانَ النُّقصانُ مثلَ نصفِ الوصايا؛ يُنقَصُ مِنْ كلِّ وصيةٍ نِصْفُها، وإنْ كانَ النقصانُ مثلَ ثلثِها يُنقَصُ من كلِّ وصيةٍ ثُلُثُها، نحو ما إذا بلغَتِ الوصايا ألفَ درهمٍ؛ لأحدِهم مِئةٌ، وللآخَرِ مِئتانِ، وللآخَرِ ثلاثُ مِئةٍ، وللآخَرِ أربعُ مِئةٍ، وثلُثُ مالِه خمسُ مِئةٍ، فالنُّقصان منْ خمس مِئةٍ إلىٰ مَبْلَغِ الوصايا مِثْلُ [٣٠٣/٨/م] نصفِها خمسِ مِئةٍ، فيُنْقَصُ مِن كلِّ وصيةٍ نصْفُها، لصاحبِ المئةِ خمسونَ، ولصاحبِ المئتَيْنِ مئةٌ، وعلىٰ هذا القياسُ»[1].

قولُه: (وَفِي رِوَايَةٍ عَنْهُ)، أيْ: عنْ أبي يوسفَ ﷺ: يُقدِّمُ الحَجَّ، وهوَ قولُ محمَّدٍ ﷺ، جَعلَ صاحبُ «الهدايةِ» ﷺ تقديمَ الحَجِّ على الزكاةِ قولَ محمَّدٍ، أمَّا القُدوريُّ ﷺ في «شرحِ مختصرِ الكَرْخِيِّ»، وشمسُ الأئمَّةِ السَّرْخسيُّ في «شرحِ الكافي»[2]، وشمسُ الأئمَّةِ البَيْهقيُّ في «الكفايةِ»، وصاحبُ «التُّحفةِ»[3]، والشيخُ أبو نَصْرٍ في «شرحِ الأقطعِ» ﷺ[4]: جعلُوا تقديمَ الزَّكاةِ علىٰ الحجِّ قولَ محمَّدٍ ﷺ.

وقالَ بعضُهم في «شرحِه»: إنَّ كفارةَ القتلِ تُقدَّمُ علىٰ كفارةِ اليمينِ والظِّهارِ، ثُمَّ كفارةُ اليمينِ تُقدَّمُ علىٰ كفَّارةِ الظِّهارِ، وعلَّلَ بأنَّ كفَّارةَ القتلِ أقوىٰ لشرْطِ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبيجابيّ [ق/٣١٥].

(٢) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [١٤٦/٢٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢١١/٣].

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢ق/٤٠٣].

وَجْهُ الْأُولَىٰ أَنَّهُمَا وَإِنْ اسْتَوَيَا فِي الْفَرِيضَةِ فَالزَّكَاةُ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ الْعِبَادِ فَكَانَ أَوْلَىٰ.

وَجْهُ الْأُخْرَىٰ أَنَّ الْحَجَّ يُقَامُ بِالْمَالِ وَالنَّفْسِ وَالزَّكَاةُ بِالْمَالِ قَصْرًا عَلَيْهِ فَكَانَ الْحَجُّ أَقْوَىٰ، ثُمَّ تُقَدَّمُ الزَّكَاةُ وَالْحَجُّ عَلَىٰ الْكَفَّارَاتِ لِمَزِيَّتِهِمَا عَلَيْهَا فِي الْقُوَّةِ، إِذْ قَدْ جَاءَ فِيهِمَا مِنْ الْوَعِيدِ مَا لَمْ يَأْتِ فِي الْكَفَّارَاتِ.

وَالْكَفَّارَةُ فِي الْقَتْلِ وَالظِّهَارِ وَالْيَمِينُ مُقَدَّمَةٌ عَلَىٰ صَدَقَةِ الْفِطْرِ لِأَنَّهُ عُرِفَ وُجُوبُهَا دُونَ صَدَقَةِ الْفِطْرِ، وَصَدَقَةُ الْفِطْرِ مُقَدَّمَةٌ عَلَىٰ الْأُضْحِيَّةِ لِلِاتِّفَاقِ عَلَىٰ وُجُوبِهَا بِالْقُرْآنِ وَالِاخْتِلَافِ فِي الْأُضْحِيَّةِ، وَعَلَىٰ هَذَا الْقِيَاسِ يُقَدَّمُ بَعْضُ الْوَاجِبَاتِ عَلَىٰ الْبَعْضِ.

وَمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ قُدِّمَ مِنْهُ مَا قَدَّمَهُ الْمُوصِي لِمَا بَيَّنَّا وَصَارَ كَمَا صَرَّحَ بِذَلِكَ.

غاية البيان

الإسلامِ فيها، وكفَّارةَ اليمينِ أقوىٰ من كفَّارةِ الظِّهارِ؛ لأنَّها وَجبَتْ بهَتْكِ حُرْمةِ اسمِ اللهِ تعالىٰ، وكفارةَ الظِّهارِ وَجبَتْ بإيجابِ حُرْمةٍ علىٰ نفسِه.

ولنا فيه نظرٌ؛ لأنَّه خِلافُ المنصوصِ منَ الرِّوايةِ؛ لأنَّه لَا يُقَدَّمُ الفرائضُ بعضُها علىٰ بعضٍ، وكذلكَ الواجباتُ لَا يُقدَّمُ بعضُها علىٰ بعضٍ، وكذا التطوّعُ، بَلْ يُبدأُ بما بَدَأ به المُوصِي، وقدْ مَرَّ نَصُّ الكرخِيِّ علىٰ ذلكَ.

والمعنىٰ في تقديمِ الزكاةِ والحَجِّ علىٰ الكفَّاراتِ ما ذكرْناهُ، وهوَ الوعيدُ، ومثْلُ ذلكَ لَا يُوجَدُ في شيءٍ منَ الكفَّاراتِ.

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَبْتَدِئُ بِالْأَهَمِّ).

قولُه: (صَرَّحَ بِذَلِكَ)، أيْ: بالتَّقديمِ، وتصريحُه به أنْ يَقُولَ: ابْدءُوا بما بدأْتُ به.

قَالُوا: إِنَّ الثُّلُثَ يُقْسَمُ عَلَىٰ جَمِيعِ الْوَصَايَا مَا كَانَ لِلَّهِ تَعَالَىٰ وَمَا كَانَ لِلْعَبْدِ، فَمَا أَصَابَ الْقُرَبَ صُرِفَ إِلَيْهَا عَلَىٰ [٢٩١/ظ] التَّرْتِيبِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ وَيُقْسَمُ عَلَىٰ عَدَدِ الْقُرَبِ وَلَا يُجْعَلُ الْجَمِيعُ كَوَصِيَّةٍ وَاحِدَةٍ، لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمَقْصُودُ بِجَمِيعِهَا رِضًا لِلَّهِ تَعَالَىٰ فَكُلُّ وَاحِدَةٍ فِي نَفْسِهَا مَقْصُودٌ فَتَنْفَرِدُ كَمَا تَنْفَرِدُ وَصَايَا الْآدَمِيِّينَ.

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ بِحَجَّةِ الْإِسْلَامِ؛ أَحَجُّوا عَنْهُ رَجُلًا مِنْ بَلَدِهِ يَحُجُّ رَاكِبًا؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ لِلَّهِ تَعَالَىٰ الْحَجُّ مِنْ بَلَدِهِ وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ فِيهِ مِنَ الْمَالِ مَا يَكْفِيهِ مِنْ بَلَدِهِ وَالْوَصِيَّةُ لِأَدَاءِ مَا هُوَ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ وَإِنَّمَا قَالَ رَاكِبًا لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَحُجَّ مَاشِيًا فَانْصَرَفَ إِلَيْهِ عَلَىٰ الْوَجْهِ الَّذِي وَجَبَ عَلَيْهِ.

غاية البيان

قولُه: (قَالُوا)، أيْ: فيما إذا كانَ معَ الوصايا الثابتةِ لحَقِّ اللهِ تعالىٰ حقُّ الآدميِّ؛ فالمُوصَىٰ له يَضْرِبُ معَ الوصايا في القُرَبِ، وقدْ ذكَرْنا عن «التحفةِ» قبلَ هذا.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ بِحَجَّةِ الْإِسْلَامِ؛ أَحَجُّوا عَنْهُ [رَجُلًا][1] مِنْ بَلَدِهِ يَحُجُّ رَاكِبًا)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «فإنْ لَمْ تَبلُغِ الوصيةُ النفقةَ؛ أَحَجُّوا عنه مِن حيثُ تَبلُغُ»[2].

وذلكَ لأنَّ الواجبَ على المُوصِي أنْ يَحُجَّ راكِبًا منْ بلدِه؛ لأنَّه يَشتَرِطُ مِنَ الزَّادِ والراحلةِ ما يَكفِيهِ مِنْ بلدِه، فتَنْصرِفُ الوصيةُ [٣/٥٣٤و] إلىٰ ما أوجبَه اللهُ عليه، وقدْ أوجبَه تعالىٰ مِن بلدِه، فلَا جَرَمَ يُحَجُّ عنه مِنْ بلدِه أيضًا؛ لأنَّ المقصودَ مِنْ تنفيذِ الوصيةِ بالحَجِّ أداءُ ما علىٰ المُوصِي.

وإنَّما وَجَبَ عليه أنْ يَحُجَّ راكبًا؛ لأنَّ المُوصِي لَمْ يَكُنْ يَجِبُ عليه الحجُّ إذا

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٤٣].

فَإِنْ لَمْ تَبْلُغْ الْوَصِيَّةُ النَّفَقَةَ أَحَجُّوا عَنْهُ مِنْ حَيْثُ تَبْلُغُ.

وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَحُجُّ عَنْهُ، لِأَنَّهُ أَمَرَ بِالْحَجَّةِ عَلَى صِفَةٍ عَدِمْنَاهَا فِيهِ، غَيْرَ أَنَّا جَوَّزْنَاهُ لِأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ الْمُوصِيَ قَصَدَ تَنْفِيذَ الْوَصِيَّةِ فَيَجِبُ تَنْفِيذُهَا مَا أَمْكَنَ وَالْمُمْكِنُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَهُوَ أَوْلَى مِنْ إِبْطَالِهَا رَأْسًا، وَقَدْ فَرَّقْنَا بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْوَصِيَّةِ بِالْعِتْقِ مِنْ قَبْلُ.

غاية البيان

لَمْ يَقدِرْ على الرَّاحلةِ، وإنَّما يَجِبُ عليه إذا قَدَرَ على الرَّاحلةِ، فإذا وَجَبَ الحَجُّ على المُوصِي راكِبًا؛ يَلزَمُ الأداءُ على الَّذي يَحُجُّ عنه كذلكَ راكبًا.

قالَ[١] الفقيهُ أبو اللَّيثِ ﷺ في [٨/٣٠٤و/م] كتابِ «**نُكَتِ الوصايا**»: «وذَكَرَ هِشامٌ عنْ محمَّدٍ ﷺ أنَّه قالَ: لوْ أنَّ إنسانًا قالَ: أنا أَحُجُّ منْ منزلِه بهذا المالِ ماشِيًا؛ لَا يُعْطَىٰ له ذلكَ، ويَحُجُّ مِنْ حيثُ يَبلُغُ راكبًا؛ لأنَّ الحَجَّ المعروفَ أنْ يَكُونَ راكبًا، فالوصيةُ انصرفَتْ إلى الحَجِّ المعروفِ.

فأمَّا إذا لَمْ تَبلُغِ النَّفقةُ ذلك؛ قالُوا: فالقياسُ ألَّا يَحُجَّ عنه؛ لأنَّ المُوصِيَ أَمَرَ بالحَجِّ عنه بصفةٍ لَمْ تُوجَدْ [هي][٢]، إلَّا أنَّه جازَ الحَجُّ عنه مِن حيثُ تَبلُغُ النفقةُ؛ لأنَّ الموصيَ قَصَدَ بهذه الوصيةِ الثوابَ، فيَجِبُ تنفيذُ وصيتِه ما أمكَنَ، ولَا يُمْكِن تنفيذُ الوصية في مسألتنا إلا مِن حيثُ تبلُغُ النفقةُ، فكانَ تنفيذها بقَدْر الإمكان أَوْلَىٰ من إبطالِها بالكُلِّيةِ.

وقدْ مَرَّ الفرقُ على قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ في الفصلِ المُتقدِّمِ بينَ ما إذا أوصَىٰ بأنْ يُعْتَقَ عنه بهذه المئةِ عبدٌ، فهَلَكَ منها درهمٌ أنَّه لَا يُعْتَقُ عنه بما بَقِيَ، وبينَ الوصيةِ بالحَجِّ بثلُثِ مالِه، وثلُثُ مالِه لَا يَكْفِيه، حيثُ يَحُجُّ مِن حيثُ يَكفِي، وهوَ

(١) في الأصل: «قال القُدُورِيُّ - ﷺ - قال». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

قَالَ: وَمَنْ خَرَجَ مِنْ بَلَدِهِ حَاجًّا فَمَاتَ فِي الطَّرِيقِ، وَأَوْصَىٰ بِأَنْ يُحَجَّ عَنْهُ؛ يُحَجُّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ.

غاية البيان

أنَّ المُسْتحِقَّ تَبدَّلَ في الأُولىٰ، وَلَمْ يَتبدَّلْ في الثانيةِ».

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ خَرَجَ مِنْ بَلَدِهِ حَاجًّا فَمَاتَ فِي الطَّرِيقِ، وَأَوْصَىٰ بِأَنْ يُحَجَّ عَنْهُ؛ يُحَجُّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ)، أيْ: قالَ القُدوريُّ ﷺ في «مختصرِه»[1].

وقولُ زُفَرَ كقولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ ذَكَرَه القدوريُّ في «التَّقريبِ» في كتابِ الحَجِّ.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمَّدٌ ﷺ: يُحَجُّ مِن حيثُ ماتَ.

وقالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ السَّمَرقنديُّ ﷺ في كتابِ «نُكَت الوصايا»: «ولوْ أنَّه خَرَجَ مِنْ بلدٍ هوَ أقربُ إلىٰ مكَّةَ، فماتَ وأوصىٰ بأنْ يُحَجَّ عنه، فإنَ كانَ خَرجَ حاجًّا فإنَّه يُحَجُّ مِنْ حيثُ أوصَىٰ.

وقالَ الفقيهُ أبو الليثِ: وَلَمْ يَذكُرْ هاهنا أكثرَ مِنْ ذلكَ - يَعْنِي: في كتابِ «الأصلِ»[2] - ثُمَّ قالَ: وذَكَرَ في «الجامعِ الكبيرِ»: أنَّ القياسَ أنْ يُحَجَّ مِنْ منزلِه، وفي الاستحسانِ: يُحَجُّ عنه منْ حيثُ ماتَ، وذكَرَ في موضعٍ آخرَ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ يُحَجُّ منْ منزلِه، وفي قولِ صاحبَيْه ﷺ: يُحَجُّ مِنْ حيثُ ماتَ، فثَبَتَ أنَّ الَّذي قاله هاهُنا جوابُ الاستحسانِ، وهوَ قولُ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﷺ». إلىٰ هنا لفظُ الفقيهِ أبي اللَّيثِ ﷺ.

وقالَ القُدوريُّ ﷺ في وصايا «التَّقريبِ»: «وكذلكَ الخِلافُ في الحاجِّ[3] عنِ الميِّتِ إذا ماتَ في بعضِ الطَّريقِ».

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٣].

(٢) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٥/ ٤٤٢ - ٤٤٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) في الأصل: «الحج». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَحُجُّ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ بَلَغَ اسْتِحْسَانًا، وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ إِذَا مَاتَ الْحَاجُّ عَنْ غَيْرِهِ فِي الطَّرِيقِ. لَهُمَا أَنَّ السَّفَرَ بِنِيَّةِ الْحَجِّ وَقَعَ قُرْبَةً وَسَقَطَ فَرْضُ قَطْعِ الْمَسَافَةِ بِقَدْرِهِ وَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَى اللهِ فَيَبْتَدِئُ مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ كَأَنَّهُ مِنْ أَهْلِهِ، بِخِلَافِ سَفَرِ التِّجَارَةِ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ قُرْبَةً فَيَحُجُّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ.

غاية البيان

وقالَ شمسُ الأئمَّةِ [السَّرْخَسيُّ][1] ﷺ في «شرحِ الكافي»: «وإنْ خرجَ يُريدُ الحَجَّ فماتَ [٨/٣٠٤ظ/م] في الطَّريقِ؛ يُحَجُّ عنه مِنْ حيثُ ماتَ. وفي «الجامع الصَّغير» قالَ: عندَ أبي حنيفةَ ﷺ: يُحَجُّ عنه منْ بلدِه، وعندَهما: يُحَجُّ عنه منْ حيثُ ماتَ. وفي «الجامع [٣/٥٣٤ظ] الكبير»: ذَكَرَ في المسألةِ القياسَ والاستحسانَ في القياسِ يُحَجُّ عنه مِن بلدِه، وفي الاستحسانِ ـ وهو قولُهما ـ: يُحَجُّ عنه مِنْ حيثُ ماتَ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ شمسِ الأئمَّةِ ﷺ.

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ الميِّتَ تَقرَّبَ بذلكَ المقدارِ بالخروجِ إلىٰ اللهِ تعالىٰ، وقدْ حَصَلَ له الثوابُ به قالَ تعالىٰ: ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنۢ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ثُمَّ يُدْرِكْهُ ٱلْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ﴾ [النساء: ١٠٠]، فلَا يَجُوزُ إبطالُ ذلكَ المقدارِ منَ الخروجِ[3]، وقدْ كانَ قَصْدُه بالوصيةِ إتمامَ ذلكَ الخروجِ، فوَجَبَ إتمامُ ذلكَ بالإِحْجاجِ منْ ذلكَ الموضعِ.

وفي اعتبارِ هذا الطريقِ تحصيلُ مقصودِه، وفي الأخذِ بالقياسِ تفْويتُ مقصودِه؛ لأنَّ الَّذي يَحُجُّ عنه مِن بلدِه ربَّما يَموتُ في بعضِ الطَّريقِ أيضًا، فيَحتاجُ إلىٰ أنْ يَحُجَّ آخَرُ عنه من بلدِه أيضًا، فيَفْنَىٰ مِنْ ذلكَ مالُه أصلًا، ولَا يَحصُلُ المقصودُ، وهذا بِخلافِ ما إذا خَرَجَ للتِّجارةِ؛ فإنَّ سفرَه ذلكَ ليسَ لأداءِ الحَجِّ، فوَجَبَ الإحجاجُ منْ منزلِه؛ لأنَّ الوصيةَ تَنصرِفُ إلىٰ الحجِّ المعروفِ منْ منزلِه.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٢) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [١٧٣/٢٧].

(٣) في الأصل: «بالخروج». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

وَلَهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَنْصَرِفُ إِلَىٰ الْحَجِّ مِنْ بَلَدِهِ عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ أَدَاءً لِلْوَاجِبِ عَلَىٰ الْوَجْهِ الَّذِي وَجَبَ، والله ﷻ أعلم بالصواب.

غاية البيان

وجهُ القياسِ ـ وهو قولُ أبي حَنِيفَةَ وزُفَرَ رحمهما الله ـ: أنَّه لَمَّا ماتَ قبلَ إتمامِ العملِ؛ صارَ خروجُه لغيرِ الحجِّ، ولوْ أنَّه خَرَجَ لغيرِ الحجِّ كما إذا خَرَجَ تاجرًا فماتَ في بعضِ الطَّريقِ؛ يُحَجُّ منْ منزلِه، فكذلكَ هاهُنا، وهذا لأنَّ الخُروجَ بعدَ الموتِ قبلَ أداءِ الحجِّ انقَطَعَ فانفَسَخَ؛ بدليلِ قولِه ﷺ: «**إِذَا مَاتَ ابنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَوَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ، وَصَدَقَةٍ جَارِيَةٍ بَعْدَ مَوْتِهِ**»[1]، والخروجُ للحَجِّ ليسَ منَ الثَّلاثِ.

ألَا تَرَىٰ أنَّ المُصلِّيَ إذا ماتَ قبلَ الفَراغِ منَ الصلاةِ؛ انتَقَضَتْ صلاتُه، ولأنَّ المقصودَ بالخروجِ إقامةُ العبادةِ، فلمّا لَمْ تَقُمِ العبادةُ بذلكَ الخروجِ؛ انتَقَضَ ذلكَ الخروجُ.

ألَا تَرَىٰ أنَّه لوْ أحرَمَ بالحَجِّ وماتَ، وأوصَىٰ؛ وَجَبَ استئنافُ الإحرامِ؛ لأنَّه لَمَّا ماتَ قبلَ إتمامِه انتَقَضَ ذلكَ الإحرامُ، فكذلكَ الخروجُ، ولأنَّ الوصيةَ تَنصرِفُ إلىٰ الحَجَّةِ الَّتي أوجَبَها اللهُ تعالىٰ، وتلكَ [٨/٣٠٥و/م] الحَجَّةُ هيَ الَّتي وَجَبتْ منْ بلدِه، فوَجَبَ أن تُؤدَّىٰ علىٰ الوجهِ الَّذي وَجَبَتْ.

وقالَ في كتابِ «نُكَتِ الوصايا»: «فإنْ كانَ للرَّجُلِ أوْطانٌ شَتَّىٰ، فإنْ كانَ ماتَ في بعضِ الأوطانِ؛ يُحَجُّ مِنْ ذلكَ الوطنِ، وإنْ ماتَ في السَّفَرِ يُحَجُّ عنه مِنْ أقرَبِ الأوطانِ إلىٰ مكَّةَ؛ لأنَّ بذلكَ المقدارِ إحاطةً ويقينًا، والزِّيادةُ شَكٌّ».

قولُه: (عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (لِأَنَّ الْوَاجِبَ لِلَّهِ الْحَجُّ مِنْ بَلَدِهِ).

واللهُ تعالىٰ أعلمُ بالصَّوابِ، وإليه المَرْجِعُ والمآبُ.

(١) مضىٰ تخريجه.

بَابُ
الْوَصِيَّةِ لِلْأَقَارِبِ وَغَيْرِهِمْ

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِجِيرَانِهِ فَهُمُ الْمُلَاصِقُونَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وقال أبو يوسف ومحمد هُمُ الْمُلَاصِقُونَ وَغَيْرُهُمْ مِمَّنْ يَسْكُنُ مَحَلَّةَ الْمُوصِي وَيَجْمَعُهُمْ مَسْجِدُ الْمَحَلَّةِ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ.

غاية البيان

بَابُ
الْوَصِيَّةِ لِلْأَقَارِبِ وَغَيْرِهِمْ

لَمَّا كانَ هذا البابُ مُشتمِلًا علىٰ الوصايا لقَوْمٍ مخصوصِينَ: أَخَّرَه ذِكْرًا عنِ الأبوابِ المُتقدِّمةِ لِقِلَّةِ فائدتِه؛ لأنَّ ما تقدَّمَ لَا يَخُصُّ قومًا دونَ قومٍ، فكانَ لعمومِ فائدتِه تقديمُه ذِكْرًا أَوْلىٰ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِجِيرَانِهِ فَهُمُ الْمُلَاصِقُونَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ)، أيْ: قالَ القُدوريُّ ﷺ في «مختصرِه»[1].

ولمْ يَذكُرِ القُدوريُّ خلافَ قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﷺ [٣/٥٣٥و] فيه، وقدْ ذَكرَ في «التَّقريبِ» فقالَ: «قالَ محمَّدٌ ﷺ في «الإملاءِ»: إذا أوصَىٰ لجيرانِه؛ فالوصيَّةُ للملاصِقِينَ، قَرُبَتِ الأبوابُ أو بَعُدَتْ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وقالَا: لمَنْ يَجمَعُهم مسجدٌ في الجماعةِ والدَّعوةِ.

وذَكَر ابنُ شجاعٍ عنْ أبي يوسفَ ﷺ: اعتبارَ أهلِ المَحَلَّةِ الَّذين يُصَلُّونَ في مسجدٍ واحدٍ، قالَ: وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ.

ورَوَىٰ بِشْرٌ عنْ أبي يوسفَ: أنَّ الجِيرانَ الَّذين[2] تَجْمَعُهم مَحَلَّةٌ واحدةٌ،

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٣].

(٢) في الأصل: «من». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

وَقَوْلُهُ قِيَاسٌ لِأَنَّ الْجَارَ مِنَ الْمُجَاوَرَةِ وَهِيَ الْمُلَاصَقَةُ حَقِيقَةً وَلِهَذَا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ بِهَذَا الْجِوَارِ، وَلِأَنَّهُ لَمَّا صَرَفَهُ إِلَى الْجَمِيعِ يُصْرَفُ إِلَى أَخَصِّ الْخُصُوصِ وَهُوَ الْمُلَاصِقُ.

وإنْ تفرَّقُوا في مسجدَيْنِ مُتقاربَيْنِ، فإنْ تباعدَا، وكانَ واحِدًا عظيمًا جامعًا، فكُلُّ أهلِ مسجدٍ جِيرانٌ دونَ الآخرينَ، وإنْ كانَ في المِصْرِ قبائلُ فالجيرانُ: الأفخاذُ دونَ القبائلِ». إلى هنا لفظُ «التَّقريبِ».

وقالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «قالَ في «الإملاءِ»: قالَ أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه: إذا أوصَى فقالَ: ثُلُثُ مالي لجِيراني؛ فالوصيةُ لجيرانِه المُلازِقِينَ لدارِه، فكُلُّ دارٍ كانت تَلْزَقُه فالوصيةُ تَجْمَعُ مَنْ فيها مِنَ السكَّانِ وغيرِهم، عبيدًا كانُوا أو أحرارًا، نساءً كانُوا أو رجالًا بينَهم بالسَّوِيَّةِ، ذِمَّةً كانُوا أوْ مسلمينَ بالسَّوِيَّةِ، قَرُبَتِ الأبوابُ أو بَعُدَتْ إذا كانُوا مُلازِقِين للدَّارِ.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمَّدٌ رحمهما الله: الثُّلُثُ لهؤلاءِ الَّذينَ ذَكَرَ أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه، ولغيرِهم مِنَ الجِيرانِ مِنْ أهلِ المَحَلَّةِ مِمَّنْ يَضُمُّهم مسجدٌ واحدٌ، وجماعةٌ واحِدةٌ، ودعوةٌ واحدةٌ، فهؤلاءِ جِيرانُه في كلامِ النَّاسِ، فالثُّلُثُ بينَهم بالسَّوِيَّةِ، الأُنثى والذَّكَرُ فيه سواءٌ [٨/٣٠٥ظ/م]، والمسلمُ والكافرُ في ذلكَ كلِّه سواءٌ».

وقالَ في «الزِّياداتِ» عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: «إذا أوصَى الرَّجُلُ بثلُثِ مالِه لجيرانِه؛ فالقياسُ في هذا أنْ يَكُونَ الثُّلُثُ للسُّكَّانِ وغيرِهم مِمَّنْ يَسْكُنُ تلكَ الدُّورَ الَّتي يَجِبُ لأهلِها الشُّفعةُ، ومَنْ كانَ منهم له دارٌ مِنْ تلكَ الدُّورِ، وليسَ بساكنٍ فيها فليسَ مِن جِيرانِه.

قالَ محمَّدٌ رحمه الله: وأمَّا أنا فإنِّي أستَحْسِنُ أنْ أجعلَ الوصيةَ لجِيرانِه المُلازِقِينَ مِنَ السُّكَّانِ مِمَّنْ في تلكَ المَحَلَّةِ مِمَّنْ يَمْلِكُ تلكَ الدُّورَ وغيرِهم مِمَّنْ لَا يَمْلِكُها،

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ هَؤُلَاءِ كُلَّهُمْ يُسَمُّونَ جِيرَانًا عُرْفًا، وَقَدْ تَأَيَّدَ بِقَوْلِهِ ـ ﷺ ـ «لَا صَلَاةَ لِجَارِ الْمَسْجِدِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ» وَفَسَّرَهُ بِكُلِّ مَنْ سَمِعَ النِّدَاءَ، وَلِأَنَّ الْمَقْصِدَ بِرُّ الْجِيرَانِ وَاسْتِحْبَابُهُ يَنْتَظِمُ الْمُلَاصِقَ وَغَيْرَهُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ

ومَنْ يَجمَعُه مسجدُ تلكَ المَحَلَّةِ الَّذينَ فيهم المُوصِي مِنَ المُلازِقينَ وغيرِهم، والسُّكَّانُ مِمَّنْ في تلكَ المَحَلَّةِ وغيرُهم سواءٌ في الوصيةِ الأقربونَ والأبْعَدونَ، والكافرُ والمسلمُ، والصبيُّ والمرأةُ في ذلكَ سواءٌ، وليسَ للمماليكِ والمُدَبَّرِينَ وأُمَّهاتِ الأولادِ في ذلكَ شيءٌ.

فأمَّا المُكاتَبونَ: فهُمْ في الوصيَّةِ سواءٌ، إذا كانُوا سُكَّانًا في المَحَلَّةِ، وَلَمْ يَذكُرْ عنْ أبي حَنيفَةَ رحمه الله في ذلكَ شيئًا»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الكرخيِّ رحمه الله.

وقولُ زُفَرَ كقولِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّ الجارَ هوَ المُلازِقُ بدارِه، سواءٌ كانَ في الدَّارِ أو مالِكًا. ذكرَه الفقيهُ أبو اللَّيثِ رحمه الله في «مختلفِ الرِّوايةِ»[2].

وقالَ في «وجيزِهم»: «وإذا أوصَىٰ لجيرانِه: أُعطِيَ أربعونَ جارًا مِنْ أربعةِ جوانِبَ»[3]، أيْ: مِنْ كلِّ جانِبٍ أربعونَ.

وجهُ قولِ الشَّافعيِّ رحمه الله: ما رُوِيَ عنِ النَّبيِّ ﷺ أنَّه قالَ: «حَقُّ الْجِوَارِ أَرْبَعُونَ دَارًا، هَكَذَا، وَهَكَذَا، وَهَكَذَا، وَهَكَذَا»[4].

قالَ العلماءُ [٣/٥٣٥ظ] رحمهم الله: إنَّه خَبَرٌ لَا يُعْرَفُ، ورَاوِيه مَطْعونٌ فيه.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٠، ٤٠١/ داماد].

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث [١٩٤١/٣].

(٣) ينظر: «الوجيز/مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٨٩/٧].

(٤) أخرجه: أبو يعلىٰ في «مسنده» [رقم/٥٩٨٢]، وعنه ابن حبان في «المجروحين» [١٥٠/٢]، من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه به.

قال ابنُ حجر: «في إسناده عبد السلام بن أبي الجنوب وهو متروك». ينظر: «التلخيص الحبير» لابن حجر [٢٠٧١/٤].

الِاخْتِلَاطِ وَذَلِكَ عِنْدَ اتِّحَادِ الْمَسْجِدِ، وَمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ - رحمه الله -: الْجِوَارُ إِلَىٰ أَرْبَعِينَ دَارًا بَعِيدٌ، وَمَا يُرْوَىٰ فِيهِ ضَعِيفٌ قَالُوا: وَيَسْتَوِي فِيهِ [٢٩٢و] السَّاكِنُ وَالْمَالِكُ وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَىٰ وَالْمُسْلِمُ الذِّمِّيُّ لِأَنَّ اسْمَ الْجَارِ يَتَنَاوَلُهُمْ فِيهِ الْعَبْدُ

غاية البيان

وجهُ قولِهما ـ وهوَ الاستحسانُ ـ: أنَّ المُوصِيَ قَصَدَ بِرَّ مَنْ يُخالِطُه، ويَقْرُبُ منه، وفي هذا المعنىٰ يَسْتوِي المُلاصِقُ وغيرُه؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ مِمَّنْ يَجْمَعُهم مسجدٌ واحدٌ يُسَمَّىٰ صاحبُه جارًا عُرْفًا، فوَجَبَ حَمْلُ الاسمِ عليه.

يُؤيِّدُه: ما رُوِيَ عنْ عليٍّ رضي الله عنه أنَّه قالَ: «لَا صَلَاةَ لِجَارِ المَسْجِدِ إِلَّا فِي المَسْجِدِ»[١]؛ لأنَّه لَمْ يُرِدْ به المُلازِقَ دونَ غيرِه، فصارَ أهلُ المسجدِ كُلُّهم جارًا له، فلمَّا دَخَلُوا تحتَ اسمِ الجارِ؛ استَحَقَّ كُلُّهم الوصيةَ.

ووجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّ الجارَ هوَ المُلاصِقُ عُرْفًا، ومَنْ بَعُدَ لَا يُسَمَّىٰ جارًا، فالواجبُ حَمْلُ الاسمِ علىٰ حقيقتِه.

يُؤيِّدُه: قولُه صلى الله عليه وسلم: «**الجارُ أَحَقُّ بِسَقَبِه**»[٢]، فالمُجاوِرُ هوَ الأحَقُّ بسَقَبِه لَا غيرُه، فدلَّ أنَّ الجارَ هوَ مَن يُجاوِرُه بسُكْناهُ، فاسْتحقَّ الوصيةَ كُلُّ مَنْ كانَ بهذه الصِّفَةِ.

قالَ القُدوريُّ رحمه الله **في كتابِ «التَّقريبِ»**: «وقدْ كانَ هِلالُ [٣٠٦/٨و/م] الرَّازِيُّ يَقُولُ: إنَّ الجارَ مَن أسمَعَه المُنادِي؛ لأنَّه رُوِيَ عنْ عَلِيٍّ رضي الله عنه أنَّه قالَ: «لا صَلاةَ لِجَارِ المَسْجِدِ إلَّا فِي المَسْجِدِ». فقِيلَ له: ومَنْ جَارُ المَسْجِدِ؟ قَالَ: «مَنْ أَسْمَعَه

(١) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٩١٥]، وابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/٣٤٦٩]، البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٥٧/٣]، من طريق: أبي حيان عن أبيه عن عَلِيّ رضي الله عنه به.
قال ابنُ حجر: «ضعيف». ينظر: «التلخيص الحبير» لابن حجر [٩١٩/٢].

(٢) هذا جزء من حديث أخرجه: البخاري في كتاب الشفعة/ باب عرض الشفعة علىٰ صاحبها قبل البيع [رقم/٢١٣٩]، وغيره من حديث: أبي رافع مولىٰ النبي صلى الله عليه وسلم.

السَّاكِنُ عِنْدَهُ لِإِطْلَاقِهِ، وَلَا يَدْخُلُ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَهُ وَصِيَّةٌ لِمَوْلَاهُ وَهُوَ غَيْرُ سَاكِنٍ.

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِأَصْهَارِهِ فَالْوَصِيَّةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنِ امْرَأَتِهِ؛ لِمَا

غاية البيان

المُنادِي»[(١)]. قالَ: وهذا ليسَ بشيءٍ؛ لأنَّه لوْ جازَ اعتبارُ الوصيةِ بهذا الجوارِ لجازَ في الشُّفعةِ».

قولُه: (لِإِطْلَاقِهِ)، أيْ: لإطلاقِ اسمِ الجارِ علىٰ المَمْلوكِ وغيرِه.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِأَصْهَارِهِ فَالْوَصِيَّةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنِ امْرَأَتِهِ)، أيْ: قالَ القُدوريُّ ﷺ في «مختصرِه»[(٢)].

قالَ الشَّيخُ أبو الحسنِ الكَرْخيُّ ﷺ: «وقالَ في «الإملاءِ»: إذا قالَ: أَوْصَيْتُ بثلُثِ مالي لأصهارِي فهوَ علىٰ كلِّ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِن زوْجتِه، ومِنْ زوجةِ أبيه، ومِنْ زوجةِ ابنِه، وزوجةِ كُلِّ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه، هؤلاءِ جميعًا أصهارُه، ولَا يَدخُلُ في ذلكَ الزوجةُ نفْسُها امرأتُه، ولَا امرأةُ أبيه، ولَا امرأةُ أخيه، إنَّما يَكُونُ الأصهارُ كلُّ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِن زوجةِ أخيه وأبيه وابنِه»[(٣)]. إلىٰ هنا لفظُ الكرخيِّ ﷺ.

وقالَ الشيخُ أبو نَصْرٍ البغداديُّ في «شرحِ القُدوريِّ» ﷺ: «والأصلُ في ذلكَ: أنَّ النَّبيَّ ﷺ لَمَّا أعتَقَ صفيةَ ﷺ وتَزَوَّجَها؛ أعتَقَ كُلُّ مَنْ مَلَك مِنْ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منها إكرامًا، وكانُوا يُسَمَّوْنَ أصهارَ النَّبيِّ ﷺ».

وقالَ في «الصِّحاحِ»: «الأصهارُ: أهلُ بيتِ المرأةِ»[(٤)].

---

(١) مضىٰ تخريجه قريبًا.
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢٤٣].
(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٤٠٠/ داماد].
(٤) ينظر: «الصحاح في اللغة» للجَوْهَري [٢/ ٧١٧/ مادة: صهر].

رُوِيَ أنه ﷺ لَمَّا تَزَوَّجَ صَفِيَّةَ أَعْتَقَ كُلَّ مَنْ مَلَكَ مِنْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهَا إِكْرَامًا لَهَا» وَكَانُوا يُسَمُّونَ أَصْهَارَ النَّبِيِّ ﷺ.

وقالَ في «مجملِ اللغةِ»: «قالَ الخليلُ ﷺ: لَا يُقالُ لأهلِ بيتِ المرأةِ إلَّا الأصهارُ»(١).

وقالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ ﷺ في «شرحِ الزياداتِ»: وأما الصِهْرُ: فقدْ يُطْلَقُ علىٰ الخَتَنِ، لكنَّ الغالبَ ما ذَكرَه محمَّدٌ ﷺ، قالَ عاصمُ بنُ عَدِيٍّ(٢):

وَلَوْ كُنْتُ صِهْرًا لِابْنِ مَرْوَانَ قُرِّبَتْ ✤ رِكَابِي إِلَىٰ المَعْرُوفِ وَالعَطَنِ الرَّحْبِ
وَلَكِنَّنِي صِهْرٌ لِآلِ مُحَمَّدٍ ✤ وَخَالُ بَنِي العَبَّاسِ وَالخَالُ كَالأَبِ

سمَّىٰ نفْسَه صِهْرًا، وكانَ أخَا امرأةِ العبَّاسِ».

ثُمَّ قالَ فخرُ الإسلامِ فيه: «ومِنْ شَرْطِ بقاءَ هذا الاسمِ: أنْ يَموتَ المُوصِي وهُنَّ نساؤُه أو في [٣/٥٣٦و] عِدَّةٍ منه مِن طلاقٍ رَجْعِيٍّ، فأمَّا بعدَ البَيْنونةِ فتَنقطِعُ المُصاهَرةُ، وإنَّما يُعْتبَرُ يومَ الموتِ. يَعْنِي: أنَّ المرأةَ إذا كانَتْ زوجةَ المُوصِي يومَ موتِ المُوصِي، أو كانَتْ مُعْتدَّةً منه مِنْ طلاقٍ رَجْعِيٍّ؛ يَسْتَحِقُّ أقرباءُ المرأةِ الوصيةَ باسمِ الصِهْرِ، وإذا كانَتْ مُبانةً يومَ موتِه؛ لَا يَسْتَحِقُّونَها لانقطاعِ المُصاهرةِ بالإبانةِ

(١) ينظر: «مجمل اللغة» لابن فارس [ص/٥٤٣].

(٢) نسبه ابنُ عساكر في «تاريخ دمشق» [٣٨٤/٣٣] إلىٰ أبي ليلىٰ عبد الله بن يزيدَ بن عبد الله بن هلالٍ الهلالي، وهو شاعر شامي، وَقَف بباب عَبْد الْمَلِكِ بْن مَرْوَان مع جماعة، فأذِنَ لغيره قَبْله، فقال في ذلك البَيْتَيْنِ الماضِيَيْنِ، قال ابنُ عساكر: «أراد بالمُصاهرةِ: كونَ ميمونة بنت الحارث الهلالية عند النبي ﷺ، وأُختها لُبابة الكُبرىٰ بنت الحارث عند العباس بن عبد المطلب، وهي أُمّ الفضل وعبد الله، وعُبيد الله، وقُثَم، ومَعْبد، وعبد الرحمن بَنِي العباس».
ونسبه أبي عبيد في كتابه في «الأنساب» إلىٰ عاصم بن عبد الله بن يزيد، وهو رجل من بني هلال كان قد وَلِيَ لأبي جعفر خراسان. كذا نقَله عنه الطحاوي في «مشكل الآثار» [١٩٨/١٢].
ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به علىٰ أن الصِهْر فقد يُطْلَقُ علىٰ الخَتَنِ.

وَهَذَا التَّفْسِيرُ اخْتِيَارُ مُحَمَّدٍ وَأَبِي عُبَيْدَةَ رحمهما الله، وَكَذَا يَدْخُلُ فِيهِ كُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ زَوْجَةِ أَبِيهِ وَزَوْجَةِ ابْنِهِ وَزَوْجَةِ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لِأَنَّ الْكُلَّ أَصْهَارٌ. وَلَوْ مَاتَ الْمُوصِي وَالْمَرْأَةُ فِي نِكَاحِهِ وعدته مِنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ فَالصِّهْرُ يَسْتَحِقُّ الْوَصِيَّةَ وَإِنْ كَانَتْ فِي عِدَّةٍ مِنْ طَلَاقٍ بَائِنٍ لَا يَسْتَحِقُّهَا لِأَنَّ بَقَاءَ الصِّهْرِيَّةِ بِبَقَاءِ النِّكَاحِ وَهُوَ شَرْطٌ عِنْدَ الْمَوْتِ.

قَالَ: ومن أَوْصَى لأَخْتانِه فَالْوَصِيَّةُ لِكُلِّ زَوْجِ ذَاتِ رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ وَكَذَا مَحَارِمُ الْأَزْوَاجِ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ يُسَمَّى خَتَنًا.

غاية البيان

[٨/٣٠٦ظ/م]، وعَدَمُ الانقطاعِ فيما لَمْ تَكُنْ مُبانةً».

وذَكَرَ الإمامُ نجمُ الدِّين عُمَرُ النَّسَفِيُّ رحمه الله في نَظْمِه لكتابِ «الزِّياداتِ» بيتَيْنِ يَشتمِلانِ على معنى الصِّهْرِ والخَتَنِ، فقالَ:

أَصْهارُ مَنْ يُوصِي أَقَارِبُ عُرْسِهِ ❊ ويَزُولُ ذَاكَ بِبَائِنٍ وحَرَامِ

أَخْتَانُهُ أَزْوَاجُ كُلِّ مَحَارِمٍ ❊ ومَحَارِمُ الأَزْوَاجِ بالأَرْحَامِ

قوله: (وَهَذَا التَّفْسِيرُ اخْتِيَارُ مُحَمَّدٍ رحمه الله).

وإنَّما قيَّد بهذا التفسيرِ؛ لأنَّ الصِّهْرَ يَجِيءُ في اللُّغةِ بمعنى الخَتَنِ أيضًا، وقولُ محمَّدٍ رحمه الله حُجَّةٌ في اللُّغةِ، استشهَدَ بقولِه أبو عُبيدٍ في «غريبِ الحديثِ»، مع أنَّه مُؤيَّدٌ بما رَوَيْنا عنِ الخليلِ رحمه الله.

قولُه: (قَالَ: وَلَوْ أَوْصَى لأَخْتانِه فَالْوَصِيَّةُ لِكُلِّ زَوْجِ ذَاتِ رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ)، أي: قالَ القُدوريُّ رحمه الله في «مختصرِه»[1].

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» رحمه الله: (وَكَذَا مَحَارِمُ الْأَزْوَاجِ)، [ثُمَّ قالَ: (هَذَا فِي

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٤٣].

[قِيلَ هَذَا فِي عُرْفِهِمْ. وَفِي عُرْفِنَا لَا يَتَنَاوَلُ الْأَزْوَاجُ الْمَحَارِمَ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الْحُرُّ وَالْعَبْدُ وَالْأَقْرَبُ وَالْأَبْعَدُ. لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ الْكُلَّ.

غاية البيان

عُرْفِهِمْ. وَفِي عُرْفِنَا لَا يَتَنَاوَلُ الْأَزْوَاجُ الْمَحَارِمَ).

وإنَّما قالَ: (هَذَا فِي عُرْفِهِمْ) بعدَ أنْ قالَ: (وَكَذَا مَحَارِمُ الْأَزْوَاجِ)][1]؛ لأنَّ ذاكَ روايةُ «الزِّياداتِ»، أيْ: المذكورُ ثَمَّةَ علىٰ عادتِهم وعُرْفِهم لَا علىٰ عُرْفِنا؛ لأنَّ الأزواجَ المَحارِمَ لَا يُسمَّوْنَ أخْتانًا، وفي عُرْفِهم يُسَمَّىٰ الكُلُّ أخْتانًا.

قالَ ابنُ دَرُيْدٍ ﷺ في «الجمهرةِ»: «خَتَنُ الرجُلِ: المُتزوِّجُ بابنتِه، أو بأُختِه، والجمْعُ أخْتانٌ، والخُتُونةُ: المصدرُ»[2].

وقالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكرخيُّ ﷺ: «وقالَ في «الزِّياداتِ»: إذا أوصَىٰ الرَّجلُ لأخْتانِه بثلُثِ مالِه، ثُمَّ ماتَ؛ فالأخْتانِ أزواجُ البناتِ، والأخواتِ، والعَمَّاتِ، والخالاتِ، وكُلُّ امرأةٍ ذاتُ رَحِمٍ مَحْرَمٍ للمُوصِي فزَوْجُها مِنْ أخْتانِه، وكُلُّ ذي رَحِمٍ مَحْرَم مِنْ زَوْجِها مِن ذَكَرٍ أو أُنثىٰ فهوَ أيضًا مِنْ أخْتانِه، ولَا يَكُونُ الأخْتانُ إلَّا أزواجُ ذاتِ الرَّحِمِ المَحْرَمِ، ومَنْ كانَ منْ قِبَلهم مِنْ ذَوي الرَّحِمِ المَحْرَمِ، ولَا يَكُونُ الأخْتانُ ما كانَ مِنْ قِبَلِ نساءِ المُوصِي.

وقالَ محمَّدٌ ﷺ في «إملائِه»: «إذا قالَ: قدْ أوْصَيْتُ لأخْتاني بثلُثِ مالي؛ فأخْتانُه زَوْجُ كلِّ ذي رَحِمٍ مَحرَمٍ منه، وكلُّ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منَ الزوجِ، فهؤلاءِ أختانُه، فإنْ كانَتْ له أُختٌ، وبنتُ أُختٍ، وخالةٌ، ولكلِّ واحدةٍ منهنَّ زَوْجٌ، ولزَوْجِ كلِّ واحدةٍ منهنَّ أرحامٌ؛ فكلُّهم جميعًا أخْتانُه، والثُّلُثُ بينَهم بالسَّوِيَّةِ، الأُنثىٰ والذَّكَرُ فيه سواءٌ، أُمُّ الزوجِ وجَدَّتُه وغيرُ ذلكَ سواءٌ»[3]. إلىٰ هنا لفظُ الكرخيِّ ﷺ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٢) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/٣٩٠].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٠/ داماد].

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِأَقْرِبَائِهِ؛ فَهِيَ لِلْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبِ مِنْ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ الْوَالِدَانِ وَالْوَلَدُ، وَيَكُونُ لِلاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا، ....

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِأَقْرِبَائِهِ؛ فَهِيَ لِلْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبِ مِنْ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ، وَلَا يَدْخُلُ [٨/٣٠٧و/م] فِيهِ الْوَالِدَانِ وَالْوَلَدُ، وَيَكُونُ لِلاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا)، أيْ: قالَ القُدوريُّ رحمه الله في «مختصرِه»، وتمامُ لفظِه فيه: «فإذا أوصى بذلكَ، وله عَمَّانِ وخالانِ؛ فالوصيةُ لعَمَّيْه عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وإنْ كانَ له عَمٌّ وخالانِ؛ فلِلْعَمِّ النِّصفُ، وللخالَيْنِ [٣/٥٣٦ظ] النِّصفُ، وقالَ أبو يوسفَ ومحمَّدٌ رحمهما الله: الوصيةُ لكُلِّ مَن يُنْسَبُ إلى المُوصِي إلى أقصَى أبٍ له في الإسلامِ»[١]. إلى هنا لفظُ القُدوريِّ رحمه الله.

وقالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكرخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «وإذا أوصَى الرجلُ فقالَ: ثلُثُ مالي لِذَوِي قَرَابتِي؛ فإنَّ أبا حَنِيفَةَ رضي الله عنه قالَ: الوصيةُ لقَرابتِه مِن ذوي الرَّحِمِ المَحْرَمِ، الأقربِ فالأقربِ منهم، وقالَ أبو يوسفُ ومحمَّدٌ رحمهما الله: الوصيةُ لجميعِ قَرابتِه مِن قِبَلِ الرجالِ والنساءِ إلى أقصَى أبٍ له في الإسلامِ مِنَ الطرفَيْنِ جميعًا، يَشْتَرِكونَ في الثلُثِ، الأقربُ منهم والأبعدُ، والذَّكَرُ والأنثَى فيه سواءٌ.

وقالُوا جميعًا: إذا قالَ[٢]: لذوي قَرابتي؛ فهوَ لاثنَيْنِ منهم فصاعدًا، وإذا قالَ: لذوي قَرابتي؛ فهوَ لواحدٍ فصاعدًا، فإنْ ماتَ المُوصِي وله عَمَّانِ وخالانِ؛ فالثلُثُ على قولِ أبي حَنِيفَةَ للعَمَّيْنِ، وفي قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ: هوَ بينَهم سواءٌ، يَشْتَرِكونَ فيه، فيَكُونُ الثلُثُ بينَهم أرباعًا لكُلِّ واحدٍ منهم الربُعُ.

وقالَ أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه: إنْ كانَ له عَمٌّ وخالانِ؛ فلِلْعَمِّ نصفُ الثلُثِ، والنصفُ للخالَيْنِ، وإنْ كانَ له عَمٌّ واحدٌ، وَلَمْ يَكُنْ له غيرُه مِنْ ذوي الرَّحِمِ المَحْرَمِ، فنصفُ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٢٤٤].

(٢) في الأصل: «قالوا». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ صَاحِبَاهُ: الْوَصِيَّةُ لِكُلِّ مَنْ يُنْسَبُ إِلَىٰ أَقْصَىٰ أَبٍ لَهُ فِي الْإِسْلَامِ وَهُوَ أَوَّلُ أَبٍ أَسْلَمَ أَوْ أَوَّلُ أَبٍ أَدْرَكَ الْإِسْلَامَ وَإِنْ لَمْ يُسْلِمْ

﴿ غاية البيان ﴾

الثلُثِ لِعَمِّه، ونصفُ الثلُثِ رَدٌّ علىٰ ورَثةِ المُوصِي.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمَّدٌ ﷺ: الثلُثُ بينَ العَمِّ وبينَ مَن وُجِدَ مِنَ القَرَابةِ، كانَ ذا رَحِمٍ [مَحْرَمٍ][1]، أوْ لَمْ يَكُنْ، يَشتَرِكونَ فيه، فإنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ قرابتِه مِنْ قِبَلِ الرجالِ والنساءِ إلا عَمٌّ واحدٌ؛ كانَ له نصفُ الثلُثِ، وبقيةُ الثلُثِ رَدٌّ علىٰ ورَثةِ المُوصِي، إنْ كانَ المُوصِي أوصَىٰ لذي قَرابتِه؛ فهوَ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: لكلِّ[2] ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ أيضًا، الأقربِ فالأقربِ، فإنْ لَمْ يَكُنْ له إلَّا واحدٌ؛ كانَ له جميعُ الثُّلُثِ.

وكذلكَ قالَ أبو يوسفَ ﷺ: أنَّه إذا قالَ: لذوي قَرابتِه، فوُجِدَ مِنْ قَرابتِه واحدٌ له رَحِمٌ قريبًا كانَ أو بعيدًا إلىٰ أقصَىٰ أبٍ له في الإسلامِ؛ فهوَ لذلكَ الواحدِ، لَا يَختلفونَ أنَّ «ذَوِي» علىٰ الاثنيْنِ فصاعدًا، و«ذُو» علىٰ الواحدِ، إلَّا أنهم يَختلِفُون فيمَنْ يستَحِقُّ مِنَ [٨/٣٠٧ظ/م] القَرابةِ علىٰ ما فَسَّرْتُ لكَ.

ولا يَدْخُلُ في القرابةِ والِدٌ، ولَا وَلَدٌ ذَكَرٌ ولَا أُنثَىٰ، وإنْ كانَ مِمَّنْ لَا يَرِثُ، قالَ محمَّدٌ ﷺ: لأنَّ اللهَ تعالىٰ قالَ: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠]، فأخرجَ الوالدَيْنِ مِنَ القَرابةِ، وجَعَلَهما أقربَ مِنَ القَرابةِ.

فكمَا يَخرُجُ الوالدانِ مِنَ قَرابةِ الولدِ، فكذلكَ يَخرُجُ الولدُ مِنْ قَرابةِ الوالدِ، فلَا يُسمَّىٰ قريبًا؛ لأنَّه أقربُ[3] إلىٰ الوالدِ منَ الولدِ إليه، أوْ هُمَا سواءٌ، فأمَّا ما عدا

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٢) في الأصل: «فكل». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٣) زاد بعده في «غ»، و«ن»: «ولهذا إذا مات عن أبٍ وابنٍ كان للأب السدسُ والباقي للابن»، وأشار إليها في هامش نسخة: «ر»، ولم يُصَحِّحها.

....

ذلكَ مِن جَدٍّ أوْ جَدّةٍ من قِبَلِ أبٍ وأُمٍّ أوْ ولدِ ولدِه، مِنْ ذَكَرٍ أو أُنثىٰ ممَّنْ لَا يَرِثُ؛ فهوَ مِنَ القَرابةِ الَّذينَ يَقَعُ لهم الوصيةُ»(١). إلىٰ هنا لفظُ الكرخيِّ ﷺ في «مختصره».

وقالَ في «المختلفِ»: «قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: إذا أوصَىٰ لأقربائِه يُشتَرطُ فيه خمسُ شرائطَ: وهوَ كونُه ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ، واثنَيْنِ فصاعِدًا، وذاكَ ما سِوىٰ الوالدِ والولدِ ممَّنْ لَا يَرِثُ، والأقربِ فالأقربِ، وقالَا: كُلُّ مَن يَجمَعُه وإياه أقصَىٰ أبٍ [له](٢) في الإسلامِ دَخَلَ تحتَه المَحْرَمُ [٣/٥٣٧و] وغيرُ المَحْرَم فيه سَواءٌ.

واتَّفقُوا علىٰ اشتراطِ القَرابةِ؛ لأنَّ الاسمَ له، وألَّا يَكُونَ وارثًا لقولِه ﷺ: «لَا وَصِيّةَ لوارِثٍ»(٣). وأنْ يُعتبَرَ الاثنانِ فصاعدًا؛ لأنَّه اسمُ جَمْعٍ، والمُثنَّىٰ كالجمعِ في بابِ الوصيةِ؛ لأنَّها أختُ الميراثِ، وفي الميراثِ كذلكَ، ولَا يَدْخُلُ الوالدُ والولدُ؛ لأنَّهما لَا يُسَمَّيَانِ قريبًا عُرْفًا.

واختَلفُوا في شرطَيْنِ: أحدُهما: المَحْرَمِيَّةُ بالرَّحِم شَرْطٌ عندَه.

وعندَهما: الرَّحِمُ تَكفِي.

والثَّاني: أنَّه يُشترَطُ الأقربُ فالأقربُ، وهما يُسَوِّيانِ بينَ الأقربِ والأبعدِ»(٤). إلىٰ هنا لفظُ «المختلفِ».

وقالَ الشَّافعيُّ ﷺ: يُصْرَفُ إلىٰ جميعِ أقربائِه مِنْ قِبَلِ أبيه وأُمِّه، القريبُ منهم والبعيدُ سواءٌ(٥)(٦). كذا في «شرحِ الأقطعِ» ﷺ، وهلْ يَدخُلُ فيه الجَدُّ وَوَلَدُ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٠/ داماد].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث [٣/١٩١٥].

(٥) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٦/١٧٣ ـ ١٧٤].

(٦) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢ق/٤٠٥].

. . . .

الولدِ؟ قالَ في «**الزِّياداتِ**»: «إنَّه يَدخُلُ، وَلَمْ يَذكُرْ فيه خلافًا».

ورَوَىٰ الحسنُ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ الجَدَّ ووَلَدَ الولدِ لَا يَدخُلانِ في الوصيةِ، وكذا رُوِيَ عنْ أبي يوسفَ ﷺ؛ لأنَّ الجَدَّ بمنزلةِ الأبِ، وولدَ الولدِ بمنزلةِ الولدِ. كذا قالَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرخسيُّ ﷺ في «**شرحِ الكافي**»[1].

وإنَّما اعتبَرَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ كُلَّ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ [٨/٣٠٨و/م]؛ لأنَّ اللهَ تعالىٰ أَمَرَ بصِلَةِ الرَّحِمِ، ونَهَىٰ عنْ قطيعةِ الرَّحِمِ، وألحَقَ الوعيدَ الشديدَ بمَنْ سَعَىٰ في قَطيعتِه، وهوَ قولُه ﷻ: ﴿أَن تُفۡسِدُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ وَتُقَطِّعُوٓاْ أَرۡحَامَكُمۡ ۝ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ لَعَنَهُمُ ٱللَّهُ﴾ [محمد: ٢٢ - ٢٣]. وقالَ تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ﴾ [النحل: ٩٠]، فإذا كانَ مأمورًا بصِلَةِ الرَّحِمِ، فالظَّاهرُ أنَّه قَصَدَ بالوصيَّةِ صلةَ الرَّحِمِ، فانصرفَتِ الوصيةُ إلىٰ مَنْ وَجَبَ عليه صِلَتُهم، وإنَّما تَجِبُ عليه صِلةُ ذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ، ولَا يَجِبُ عليه صِلةُ غيرِهم.

ألَا تَرَىٰ أنَّه لَا يَجِبُ عليه نفقتُهم إذا كانُوا مُعسِرِينَ، وتَجِبُ عليه نفقةُ ذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ منه، فثَبَتَ أنَّ الوصيةَ انصرفَتْ إليهم، ولأنَّ بَيْنَه وبينَ ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ مِنَ الخُصوصِيَّةِ ما ليسَ بينَه وبينَ سائرِ القَراباتِ، وهوَ ألَّا تَجُوزَ المُناكحةُ بينَهما، ولوْ مَلَكه يَعتِقُ، ولوْ وَهَبَ له هبةً لَا يَرجِعُ، ولوْ كانَ مُعسِرًا وَجَبَتْ عليه نفقتُه.

فإذا كانَ بينَهما منَ الخُصوصِيَّةِ ما ليسَ بينَ سائرِ القَراباتِ؛ انصرفَتِ الوصيةُ إليه دونَ غيرِه، وإنَّما اعتُبِرَ الأقربُ فالأقربُ؛ لأنَّ كُلَّ مَنْ كانَ أقربَ إليه؛ كانَ أشبهَ بهذا اللَّفظِ؛ لأنَّ اللهَ تعالىٰ نَدَبَ إلىٰ وصيَّةِ الأقربِ فقالَ تعالىٰ: ﴿ٱلۡوَصِيَّةُ لِلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠]، فالظَّاهرُ أنَّه قَصَدَ الأقربَ حتَّىٰ يَكُونَ أشبَهَ بكتابِ

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [٢٧/١٥٥].

....

غاية البيان

اللهِ تعالىٰ، فكانَ الأقربُ أَوْلَىٰ كما في العَصَباتِ، وذوي الأرحامِ في الميراثِ، والأقربِ في الشُّفعةِ.

وقالَ في كتابِ «نُكَت الوصايا»: «وفي قولِ أبي يوسفَ الأوَّلِ: كلُّ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ فيه سواءٌ، وفي قولِه الآخَرِ ـ وهوَ قولُ محمَّدٍ رحمه الله ـ: ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ وغيرِه منَ القَرابةِ سواءٌ، وكُلُّ مَنْ يَجْمَعُه وإياه أقصَىٰ أبٍ في الإسلامِ دَخَلَ في الوصيَّةِ، وفي قولِ يوسفَ[1] بنِ خالدٍ السَّمْتِيِّ[2]: كُلُّ مَنْ يَجمَعُه وإياه ثلاثةُ آباءٍ في الإسلامِ دَخَلَ في الوصيَّةِ.

وقالَ بعضُهم: كُلُّ مَن يَجْمَعُه أربعةُ آباءٍ.

وقالَ بعضُهم: كُلُّ [٣/٥٣٧ظ] مَن عُرِفَ مِنْ أقربائِه دَخلَ فيه، ولَا يُوَقَّتُ وقتًا.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ الأوَّلِ: أنَّ كُلَّ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ في وُجوبِ الصِّلةِ سواءٌ، وليسَ أحدُهم أوْلَىٰ منَ الآخَرِ، ألَا ترىٰ أنَّه لوْ أوصَىٰ لإخوتِه، وله إخوةٌ بعضُهم مِنَ الأبِ، وبعضُهم مِنَ [٨/٣٠٨ظ/م] الأُمِّ، وبعضُهم مِنَ الأبِ والأُمِّ؛ دَخلُوا كُلُّهم في الوصيةِ، ولَا يُعْتبَرُ فيهم الأقربُ فالأقربُ، فكذلكَ هاهُنا.

ووجْهُ قولِه الآخَرِ: أنَّ لفظَ القَرابةِ في الأبعَدِينَ أكثرُ استعمالًا مِنَ الأقرَبِينَ، ألَا تَرَىٰ أنَّ الرَّجُل لَا يَقُولُ لأخيه: هوَ قرابتي، فلمَّا كانَ هذا اللَّفظُ في الأبعَدِينَ أكثَرَ استعمالًا؛ دَخَلُوا[3] فيه، ألَا تَرَىٰ إلىٰ قولِه ﷻ: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [الشعراء: ٢١٤]، لمَّا نَزَلَ جَمَع رسولُ اللهِ ﷺ زُهاءَ سبعينَ نَفْسًا، وقالَ [لهم][4]: «إنِّي

---

(١) في الأصل: «أبي يوسف»، والمثبت من: «م»، و«فا٢».

(٢) تقدَّمَتْ ترجمته.

(٣) في الأصل: «دخل». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

. . . .

نَذِيرٌ لَكُمْ بَيْنَ يَدَيْ عَذَابٍ شَدِيدٍ»[1]، وكانَ فيهم ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ وغيرُهم.

فثَبَتَ أنَّه يَدخُلُ في الوصيَّةِ الجميعُ، إلَّا أنَّه لَا يُمْكِنُ أن يدخُلَ فيه جميعُ أولادِ آدمَ، فيُجْعَلُ الحَدُّ فيه مَن يَجْمَعُه وإيَّاه أقصَىٰ أبٍ في الإسلامِ؛ [لأنه لمَّا وَرَدَ الإسلامُ][2] صارتِ المعرفةُ بأهلِ الإسلامِ، وكانَ قبلَ ذلكَ يُعْرَفُ بقبائلِ الجاهليةِ.

وجهُ قولِ السَّمْتيِّ ﷺ: أنَّ النَّبيَّ ﷺ كانَ لَا تَحِلُّ له الصَّدقةُ، ولَا لأحدٍ مِنْ أقربائِه، وكانَ بنو هاشمٍ لَا يَحِلُّ لهم أخْذُ الصدقةِ، وهاشمٌ كانَ الأبَ الثَّالثَ لرسولِ اللهِ ﷺ؛ وهوَ محمَّدُ بنُ عبدِ اللهِ بنِ عبدِ المطَّلبِ بنِ هاشمِ بن عبدِ منافٍ.

ووَجْهُ مَنِ اعتبَر إلىٰ أربعةِ آباءٍ: أنَّ النبيَّ ﷺ كانَ يُعْطِي سَهْمَ ذَوِي القُربىٰ: بني عبدِ مَنافٍ، وعبدُ مَنافٍ كانَ الأبَ الرابعَ».

فإذا عَرَفتَ هذا: فإنْ كانَ للموصي عَمَّانِ وخالانِ، والوارثُ غيرُهم؛ فالثُلُثُ للعَمَّينِ دونَ الخالَيْنِ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ؛ لأنَّه يُعْتَبَرُ الأقربُ فالأقربُ، والعَمَّانِ أقربُ مِنَ الخالَيْنِ؛ لأنَّ قرابتَهما مِن قِبَلِ الأبِ، والإنسانُ يُنْسَبُ إلىٰ أبيه.

ألَا تَرَىٰ أنَّ الوِلايةَ للعَمِّ دونَ الخالِ في بابِ النِّكاحِ، فثَبَتَ أنَّهما أقربُ مِنْ طريقِ الحُكْمِ، وإنْ كانَ عمًّا واحدًا وخالَيْنِ؛ كانَ للعَمِّ النصفُ، والنِّصفُ الباقي للخالَيْنِ؛ لأنَّ العَمَّ الواحدَ لَا يَقَعُ عليه اسمُ الجماعةِ، فلَا يَجُوزُ أن يَسْتوجِبَ جميعَ الوصيةِ.

---

(١) أخرجه: البخاري في كتاب التفسير/ باب تفسير سورة الشعراء [رقم/٤٤٩٢]، ومسلم في كتاب الإيمان/ باب في قوله تعالى: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [رقم/٢٠٨]، وغيرهما من حديث: ابن عباس ﷺ.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

عَلَىٰ مَا اخْتَلَفَ فِيهِ الْمَشَايِخُ.

وَفَائِدَةُ الِاخْتِلَافِ تَظْهَرُ فِي أَوْلَادِ أَبِي طَالِبٍ فَإِنَّهُ أَدْرَكَ الْإِسْلَامَ وَلَمْ يُسْلِمْ.

لَهُمَا أَنَّ الْقَرِيبَ مُشْتَقٌّ مِنْ الْقَرَابَةِ فَيَكُونُ اسْمًا لِمَنْ قَامَتْ بِهِ ....

غاية البيان

فإذا دُفِع إليه النِّصفُ، وبَقِيَ النِّصفُ؛ صُرِفَ إلى الخالَيْنِ؛ لأنَّهما أقربُ إليه بعدَ العَمِّ، وهما يَسْتَحِقَّانِ اسمَ القَرابةِ، فإذا أَخَذَ العَمُّ النِّصفَ، فاجعلْ في النِّصفِ الباقي، كأنه لَمْ يَتْرُكْ إلا خالَيْنِ، وفي قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ رحمهما الله: العَمَّانِ والخالانِ سواءٌ.

وقدْ قالَ أبو حَنِيفَةَ رحمه الله: إذا أوصَىٰ لذي قرابتِه، وكانَ [٣٠٨/٨و/م][1] له عَمٌّ اسْتَحقَّ [جميعَ][2] الثلُثِ؛ لأنَّ اللفظَ يَتَناوَلُ الواحدَ، والخلافُ فيما إذا أوصَىٰ لِذي قرابتِه، أوْ لأقاربِه، أو لأنسابِه، أو لأرحامِه، أو لذَوِي أرحامِه سواءٌ. ذَكَرَه في «الزِّياداتِ».

قولُه: (عَلَىٰ مَا اخْتَلَفَ فِيهِ الْمَشَايِخُ)، [أيْ: اختلفَ المشايخُ][2] رحمهم الله في أقصَىٰ أبٍ في الإسلامِ مَنْ هوَ؟

قالَ بعضُهم: هوَ أوَّلُ أبٍ أسلَمَ، وقالَ بعضُهم: لَا يُشْتَرطُ الإسلامُ، بَلْ يُشْتَرطُ أنْ يُدرِكَ الإسلامَ، مثْلُ رجُلٍ منَ العَلَوِيَّةِ أوصَىٰ لأقربائِه، فمَنْ شَرَطَ الإسلامَ اعتَبَر الاتِّصالَ بعلِيٍّ رضي الله عنه دونَ أبي طالبٍ، ومَن لَمْ يَشتَرِطْه اشتَرَكَ [٥٣٨/٣و] فيه علىٰ قولِه أولادُ أبي طالبٍ، وهذا أشبَهُ، ولَا يَدخُلُ فيه أولادُ عبدِ المطَّلبِ؛ لأنَّه لَمْ يُدْرِكِ الإسلامَ. كذا قالَ الإمامُ فخرُ الإسلامِ البَزدَويُّ رحمه الله في «شرحِ الزِّياداتِ».

قولُه: (فَيَكُونُ اسْمًا لِمَنْ قَامَتْ بِهِ)، أيْ: يَكُونُ القريبُ اسْمًا لِمَنْ قامَتِ

---

(١) تكرر الترقيم الداخلي في هذه اللوحة.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

يَنتظِمُ بِتَحْقِيقِهِ مَوَاضِعَ الْخِلَافِ.

وَلَهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ، وَفِي الْمِيرَاثِ يُعْتَبَرُ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ.

وَالْمُرَادُ بِالْجَمْعِ الْمَذْكُورِ فِيهِ اثْنَانِ فَكَذَا فِي الْوَصِيَّةِ، وَالْمَقْصِدُ مِنْ هَذِهِ الْوَصِيَّةِ تَلَافِي مَا فَرَطَ فِي إِقَامَةِ وَاجِبِ الصِّلَةِ وَهُوَ يَخْتَصُّ بِذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ مِنْهُ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ قَرَابَةُ الْوِلَادِ فَإِنَّهُمْ لَا يُسَمُّونَ أَقْرِبَاءَ، وَمَنْ سَمَّى وَالِدَهُ قَرِيبًا كَانَ مِنْهُ عُقُوقًا، وَهَذَا لِأَنَّ الْقَرِيبَ فِي عُرْفِ اللِّسَانِ مَنْ يَتَقَرَّبُ إِلَى غَيْرِهِ بِوَسِيلَةِ غَيْرِهِ، وَتَقَرُّبُ الْوَالِدِ وَالْوَلَدِ بِنَفْسِهِ لَا بِغَيْرِهِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِظَاهِرِ اللَّفْظِ بَعْدَ انْعِقَادِ الْإِجْمَاعِ عَلَى تَرْكِهِ، فَعِنْدَهُ يُقَيَّدُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَعِنْدَهُمَا بِأَقْصَى الْأَبِ فِي الْإِسْلَامِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ بِالْأَبِ الْأَدْنَى.

القَرابةُ به.

قولُه: (فَيَنْتَظِمُ بِتَحْقِيقِهِ[1] مَوَاضِعَ الْخِلَافِ)، أيْ: يَشْمَلُ اسمُ[2] القريبِ بحقيقتِه مواضعَ الخلافِ، وهيَ ذُو الرَّحِمِ غيرُ المَحْرَمِ، والرَّحِمُ الأبعدُ.

قولُه: (وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ قَرَابَةُ الْوِلَادِ)، أيْ: لَا يَدْخُلُ في الوصيَّةِ على ذَوي قرابتِه الوالدُ والولدُ؛ لأنَّه أقربُ منَ القَرابةِ.

ألَا تَرَى أنَّ مَنْ سَمَّى والِدَه قريبًا؛ كانَ عاقًّا عُرْفًا، يَدُلُّ عليه قولُه: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠]. عَطَفَ الأقربَ على الوالدَيْنِ، والعطفُ يَقتضِي المُغايرةَ، فلَا يَكُونُ الوالدُ قريبًا، فإذا لَمْ يَكُنِ الوالدُ قريبًا؛ لَا يَكُونُ الولدُ قريبًا أيضًا؛ لأنَّه يَلْزَمُ مِن قُرْبِ أحدِهما إلى الآخرِ قُرْبُ الآخرِ إليه، وإلَّا لَا يَثْبُتُ القُرْبُ أصلًا.

(١) في الأصل: «تحقيقه». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».
(٢) في الأصل: «اسم الأب». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

قال: ومن أوصى لأقاربه وله عمان وخالان ؛ فالوصيةُ لعمّيه عند أبي حنيفة اعْتِبَارٌ لِلْأَقْرَبِ كَمَا فِي الْإِرْثِ، وَعِنْدَهُمَا بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا إِذْ هُمَا لَا يَعْتَبِرَانِ الْأَقْرَبَ (وَلَوْ تَرَكَ عَمًّا وَخَالَيْنِ فَلِلْعَمِّ نِصْفُ الْوَصِيَّةِ وَالنِّصْفُ لِلْخَالَيْنِ) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ مَعْنَى الْجَمِيعِ وَهُوَ الِاثْنَانِ فِي الْوَصِيَّةِ كَمَا فِي الْمِيرَاثِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لِذِي قَرَابَتِهِ حَيْثُ يَكُونُ لِلْعَمِّ كُلُّ الْوَصِيَّةِ، لِأَنَّ اللَّفْظَ لِلْفَرْدِ فَيُحْرِزُ الْوَاحِدُ كُلَّهَا إِذْ هُوَ الْأَقْرَبُ، وَلَوْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَاحِدٌ ؛ فَلَهُ نِصْفُ الثُّلُث لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَلَوْ تَرَكَ عَمًّا وَعَمَّةً وَخَالًا وَخَالَةً فَالْوَصِيَّةُ لِلْعَمِّ وَالْعَمَّةِ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ لِاسْتِوَاءِ قَرَابَتِهِمَا وَهِيَ أَقْوَى، وَالْعَمَّةُ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ وَارِثَةً فَهِيَ مُسْتَحِقَّةٌ لِلْوَصِيَّةِ كَمَا لَوْ كَانَ الْقَرِيبُ رَقِيقًا أَوْ كَافِرًا، وَكَذَا إِذَا أَوْصَى لِذَوِي قَرَابَتِهِ أَوْ لِأَقْرِبَائِهِ وَلِأَنْسَابِهِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ لَفْظُ جَمْعٍ، وَلَوْ انْعَدَمَ الْمَحْرَمُ بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ لِأَنَّهَا مُقَيَّدَةٌ بِهَذَا الْوَصْفِ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِأَقَارِبِهِ وَلَهُ عَمَّانِ وَخَالَانِ ؛ فَالْوَصِيَّةُ لِعَمَّيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ)، أيْ: قالَ القُدوريُّ ﷺ في «مختصرِه»[1]، وقدْ بَيَّنَّاه وما بعْدَه قبْل هذا.

قولُه: (وَلَوْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَاحِدٌ ؛ فَلَهُ نِصْفُ الثُّلُث)، أيْ: فيما إذا أوصَى لأقاربِه و[كانَ][2] له عَمٌّ واحدٌ، وَلَمْ يكنْ هوَ وارثًا ؛ كانَ له نصفُ الثلُثِ، والنِّصفُ الباقي يُرَدُّ على الورثةِ ؛ لأنَّه لَا بُدَّ مِن اعتبارِ [معنى][3] الجمعِ، وهوَ الاثنانِ.

قولُه: (وَلِأَنْسَابِهِ)، هيَ جَمْعُ النَّسيبِ، كالأَنْصِباءِ في جَمْعِ النَّصِيبِ.

قولُه: (فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا)، يَعْنِي: يُشْتَرَطُ فيه خمسُ شرائطَ عندَ أبي حَنِيفَةَ،

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٢٤٤].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِأَهْلِ فُلَانٍ فَهِيَ عَلَىٰ زَوْجَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَتَنَاوَلُ كُلَّ مَنْ يَعُولُهُمْ وَتَضُمُّهُمْ نَفَقَتُهُ؛ اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ وَهُوَ مُؤَيَّدٌ بِالنَّصِّ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿وَأْتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾ [يوسف: ٩٣] وَلَهُ أَنَّ اسْمَ الْأَهْلِ حَقِيقَةٌ

غاية البيان

وقدْ مَرَّ ذلكَ، وعندَهما: لَا يُشترَطُ الرَّحِمُ المَحْرَمُ، والأقربُ فالأقربُ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِأَهْلِ فُلَانٍ فَهِيَ عَلَىٰ [٣٠٨/٨ظ/م] زَوْجَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَقَالَا: يَتَنَاوَلُ كُلَّ مَنْ يَعُولُهُمْ وَتَضُمُّهُمْ نَفَقَتُهُ).

وقولُه: (قَالَ) لَمْ يَقَعْ مُناسِبًا؛ لأنَّ عادةَ المُصنِّفِ ﷺ أنْ يَذكُرَ لفظَ (قَالَ) إذا كانَ المسألةُ مسألةَ «**القُدُورِيِّ**» أو «**الجامعِ الصَّغيرِ**»، أو كانَتْ مذكورةً في «**البدايةِ**»، وهذه مع ما بعدَها إلىٰ قولِه: (وَمَنْ أَوْصَىٰ لِوَلَدِ فُلَانٍ). ليسَتْ مِنْ تلكَ الجملةِ، وكلُّ هذه المسائلِ مذكورةٌ في «**مختصرِ الكَرْخِيِّ**» ﷺ.

قالَ الكرخيُّ في «مختصرِه»: «قالَ محمَّدٌ ﷺ في «**إملائِه**»: قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: إذا أوصىٰ فقالَ: ثُلثُ مالي لأهلِ فلانٍ؛ فإنَّ هذا علىٰ زوجةِ فلانٍ خاصةً.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمَّدٌ ﷺ: هذا علىٰ جميعِ مَن يَعُولُه فلانٌ مِمَّنْ تَضُمُّه نفقتُه غريبًا كانَ أوْ غيرَه، الزوجةُ واليتيمُ في حِجْرِه، والولدُ إذا كانَ يَعُولُه، فإنْ كانَ كبيرًا قدِ اعتَزَلَ عنه، أو كانَتْ بنتًا قدْ تزوَّجَتْ؛ فليسَ مِنْ أهْلِه، إنَّما أهْلُه مَنْ ضَمَّتْهم نفقتُه، وهيَ في عيالِه.

وقالَ في «الزِّياداتِ»: إذا أوصَىٰ لأهلِ فُلانٍ أوْ لأهلِه، فالقياسُ في هذا: أنَّ الوصيةَ للزوجةِ خاصَّةً دونَ مَنْ سِواها، ولكنَّا نَستَحْسِنُ فنَجْعَلُ الوصيّةَ لجميعِ مَنْ يَعولُ مِمَّن يَجْمعُهم منزلُه ودارُه منَ الأحرارِ، ولَا [٥٣٨/٣ظ] يَدخُلُ في ذلكَ مماليكُه، ولَا وارثٌ للموصي، ولَا يَدخُلُ فلانٌ المُوصي لأهْلِه في شيءٍ منْ هذه

فِي الزَّوْجَةِ يَشْهَدُ بِذَلِكَ قَوْله تَعَالَىٰ ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِۦٓ﴾ [القصص: ٢٩] وَمِنْهُ قَوْلُهُمْ تَأَهَّلَ بِبَلْدَةِ كَذَا، وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إلَىٰ الْحَقِيقَةِ.

قال: وَلَوْ أَوْصَىٰ لِآلِ فُلَانٍ فَهُوَ لِأَهْلِ بَيْتِهِ لِأَنَّ الْآلَ الْقَبِيلَةُ الَّتِي يُنْسَبُ

غاية البيان

الوصيَّةِ، لَمْ يَذكُرْ قولَ أبي حنيفةَ ﷺ في «الزِّياداتِ»»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الكرخيِّ ﷺ.

وجهُ قولِهما: أنَّ اسمَ الأهلِ يَنطلِقُ علىٰ كلِّ مَن يَعُولُه وتَضُمُّه نفقتُه؛ بدليلِ قولِه تعالىٰ في قصَّةِ يوسفَ ﷺ: ﴿وَأْتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾ [يوسف: ٩٣]، وقولِه تعالىٰ: ﴿فَأَنجَيْنَٰهُ وَأَهْلَهُۥٓ إِلَّا ٱمْرَأَتَهُۥ﴾ [الأعراف: ٨٣]، وقولِه تعالىٰ: ﴿فَلَمَّا جَآءَهُم مُّوسَىٰ بِـَٔايَٰتِنَا بَيِّنَٰتٍ﴾ [القصص: ٣٦].

ولم يَرِدْ في هذه المواضعِ الزوجةُ خاصَّةً، فيُحْمَلُ علىٰ الكلِّ إلَّا أنَّ المماليكَ لَا يَدْخُلونَ؛ لأنَّهم خَدَمُ الأهلِ تَبَعٌ لهُمْ، ولَا يُقالُ للمماليكِ: أهلُ المَوْلىٰ أيضًا، وإنْ كانَ له أهلٌ ببلدتَيْنِ دَخَلُوا جميعًا. ذَكَرَه فخرُ الإسلامِ ﷺ في «شرحِ الزِّيادات».

ووجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ الأهلَ يُرَادُ به الزوجةُ في العُرْفِ، يُقالُ: مَنْ تَأَهَّلَ ببلدةٍ فهوَ منهم، أيْ: تَزَوَّجَ.

وقولُ صاحبِ «الهدايةِ» ﷺ وغيرِه في الاحتجاجِ لأبي حَنِيفَةَ ﷺ بقولِه: ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِۦٓ﴾ [القصص: ٢٩]، فيه نظَرٌ؛ لأنَّه لَمْ يَرِدْ في الآيةِ الزَّوجةُ خاصَّةً؛ لأنَّه تعالىٰ قالَ: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ مُوسَى ٱلْأَجَلَ وَسَارَ بِأَهْلِهِۦٓ ءَانَسَ مِن جَانِبِ ٱلطُّورِ نَارًا قَالَ لِأَهْلِهِ ٱمْكُثُوٓاْ﴾ [القصص: ٢٩] [٨/٣٠٩و/م]، ألا تَرَىٰ أنَّه خاطَبَهم بخِطَابِ الجمعِ، والآيةُ في سورةِ القصصِ، وكذلكَ خاطَبَ في سورةِ طه، وقالَ تعالىٰ:

﴿وَهَلْ أَتَىٰكَ حَدِيثُ مُوسَىٰٓ ۝٩ إِذْ رَءَا نَارًا فَقَالَ لِأَهْلِهِ ٱمْكُثُوٓاْ﴾ [طه: ٩ - ١٠].

قولُه: (وَلَوْ أَوْصَىٰ لِآلِ فُلَانٍ)، فهوَ لأهْلِ بيتِه.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٠/ داماد].

إِلَيْهَا، وَلَوْ أَوْصَىٰ لِأَهْلِ بَيْتِ فُلَانٍ يَدْخُلُ فِيهِ أَبُوهُ وَجَدُّهُ لِأَنَّ الْأَبَ أَصْلُ الْبَيْتِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ لِأَهْلِ نَسَبِهِ أَوْ لِجِنْسِهِ فَالنَّسَبُ عِبَارَةٌ عَمَّنْ يُنْسَبُ إِلَيْهِ، وَالنَّسَبُ

غاية البيان

وقالَ الكرخيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «ولوْ قالَ: قدْ أوصيتُ بثلُثِ مالي لآلِ فُلانٍ؛ كانَ[1] بمنزلةِ قولِه: لأهْلِ بيتِ فلانٍ، ولَا يَدخُلُ أحدٌ منْ قَرابةِ الأُمِّ في شيءٍ منْ هذه الوصيَّةِ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الكرخيِّ ﷺ.

وقالَ الكَرْخيُّ أيضًا: «ولوْ أوصىٰ بثلُثِ مالِه لأهلِ بيتِه، أو لجنسِه، فهذا علىٰ بَنِي أبيه الأبِ الَّذي يُنْسَبُونَ إليه أقصَىٰ أبٍ في الإسلامِ مِنْ ذَوِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ وغيرِهم[3] مِمَّن لَا يَرِثُ علىٰ ما وصفْتُ لكَ، وإنْ كانَ أبوه أوْ ولدُه علىٰ غيرِ دِينِه، وهوَ وَلَدُه لصُلْبِه؛ دخَلُوا في الوصيةِ؛ لأنَّهم منْ أهلِ بيتِه»[4]. إلىٰ هنا لفظُ الكرخيِّ ﷺ.

وقالَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرخسيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «إذا أوصَىٰ لأهلِ بيتِه، فإنْ كانَ المُوصِي مِن أولادِ العبَّاس: فكلُّ مَنْ كانَتْ نِسْبَتُه إلىٰ العبَّاسِ مِنْ قِبَلِ الأبِ دَخَلَ فيه، سواءٌ كانَ ذكَرًا أو أنثَىٰ، بعدَ أنْ يَكُونُوا مَنسُوبِينَ إليه مِنْ قِبَلِ الآباءِ، ومَنْ كانَ نِسبتُه إليه مِنْ قِبَلِ الأُمِّ لَا يَدْخُلُ فيه؛ لأنَّه لَا يُسَمَّىٰ مِنْ أهلِ بيتِه، وإنَّما يُسمَّىٰ مِنْ أهلِ بيتٍ آخرِينَ، وكذا الوصيةُ لجنسِ فلانٍ أوْ لمُحتاجِي جنسِه؛ لأنَّ الجنسَ وأهلَ البيتِ سواءٌ»[5].

وقالَ فخرُ الإسلامِ ﷺ في شرحِ «الزِّياداتِ»: «وكذلكَ المرأةُ تُوصِي لجنسِها

(١) في الأصل: «فهو». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٠/ داماد].
(٣) في الأصل: «وغيره». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».
(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٠/ داماد].
(٥) ينظر: «المبسوط» للسرخسيّ [١٥٧/٢٧].

يَكُونُ مِنْ جِهَةِ الْآبَاءِ، وَجِنْسُهُ أَهْلُ بَيْتِ أَبِيهِ دُونَ أُمِّهِ **لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَتَجَنَّسُ بِأَبِيهِ**، بِخِلَافِ قَرَابَتِهِ حَيْثُ تَكُونُ مِنْ جَانِبِ الْأُمِّ وَالْأَبِ.

وَلَوْ أَوْصَى لِأَيْتَامِ بَنِي فُلَانٍ، أَوْ لِعُمْيَانِهِمْ، أَوْ لِزَمْنَاهُمْ، أَوْ لِأَرَامِلِهِمْ، إِنْ كَانُوا قَوْمًا يُحْصَوْنَ دَخَلَ فِي الْوَصِيَّةِ فُقَرَاؤُهُمْ وَأَغْنِيَاؤُهُمْ، ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ.

غاية البيان

وأهلِ بيتِها لَمْ يَدخُلْ فيه وَلَدُها، إلَّا أنْ يَكُونُوا مِنْ بَنِي أعمامِها[1]».

قولُه: (لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَتَجَنَّسُ بِأَبِيهِ)؛ لأنَّ الجنسَ عبارةٌ عنِ النَّسَبِ، والنَّسبُ إلىٰ الآباءِ، ألَا تَرَىٰ أنَّ إبراهيمَ ابنَ النبيِّ ـ عليه أفضلُ الصَّلاةِ والسَّلام ـ كانَ [٣/٥٣٩و] هاشِميًّا، وإنْ كانَ وُلِدَ مِن ماريةَ، وكذلكَ الخلفاءُ وُلِدوا مِنَ الإماءِ جميعًا إلا ما شَذَّ، وكانوا عبَّاسِيِّينَ صالحِينَ للخلافةِ.

قولُه: (وَلَوْ أَوْصَىٰ لِأَيْتَامِ بَنِي فُلَانٍ، أَوْ لِعُمْيَانِهِمْ، أَوْ لِزَمْنَاهُمْ، أَوْ لِأَرَامِلِهِمْ، إِنْ كَانُوا قَوْمًا يُحْصَوْنَ دَخَلَ فِي الْوَصِيَّةِ فُقَرَاؤُهُمْ وَأَغْنِيَاؤُهُمْ، ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ).

واليتيمُ: اسمٌ لمنْ كانَ دونَ البلوغِ ولَا أبَ له؛ لقولِه ﷺ: «**لَا يُتْمَ بَعْدَ الِاحْتِلَامِ**»[2]، رواه عليٌّ في «السُّنَنِ» في كتابِ الوصايا.

قالَ في «تُحفةِ الفقهاءِ»: «ولوْ أوصىٰ لأيتامِ بني فلانٍ؛ فإنَّه يَقَعُ علىٰ مَنْ لَا أبَ له، ولوْ أوصَىٰ [٨/٣٠٩ظ/م] لأيامَىٰ بني فلانٍ، فالأَيِّمُ: كلُّ امرأةٍ لَا زوجَ لها، بِكْرًا كانَتْ أو ثَيِّبًا، وعندَ محمَّدٍ ﷺ: يَقَعُ علىٰ الثَّيِّبِ لَا غيرَ، والأَرْمَلةُ: كلُّ امرأةٍ محتاجةٍ، أَرمَلَتْ مِنْ زوجِها ومالِها.

---

(١) في الأصل: «عمها». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٢) أخرجه: أبو داود في كتاب الوصايا/باب ما جاء متىٰ ينقطع اليتم [رقم/ ٢٨٧٣]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [رقم/١١٠٩١]، من حديث: عليِّ بن أبي طالب ﷺ به نحوه.
قال ابنُ حجر: «أعلَّه العقيليُّ وعبدُ الحق وابن القطّان والمنذرِيّ وغيرهم، وحسَّنَه النووي متمسِّكًا بسكوت أبي داود عليه». ينظر: «التلخيص الحبير» لابن حجر [٥/٢١٠٠].

لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَحْقِيقُ التَّمْلِيكِ فِي حَقِّهِمْ وَالْوَصِيَّةُ تَمْلِيكٌ. وَإِنْ كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ فَالْوَصِيَّةُ فِي الْفُقَرَاءِ مِنْهُمْ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْوَصِيَّةِ الْقُرْبَةُ وَهِيَ فِي سَدِّ الْخَلَّةِ وَرَدِّ الْجَوْعَةِ.

غاية البيان

ثُمَّ الوصايا نوعانِ: فالوصيَّةُ لقومٍ يُحْصَونَ؛ تَقَعُ علىٰ عددِ رُءوسِهم علىٰ السَّواءِ، ذَكَرُهم وأُنثاهم، غَنِيُّهم وفقيرُهم، صغيرُهم وكبيرُهم، فأمَّا إذا كانَ لَا يُحصَىٰ عددُهم؛ فهوَ علىٰ ثلاثةِ أوجهٍ:

إنْ أوصَىٰ لأهلِ الحاجةِ نصًّا بأنْ قالَ: لفقراءِ بني تميمٍ، أوْ لمَساكينِهم، أوْ أراملِهم؛ فإنَّه يَصِحُّ؛ لأنَّ الحقَّ فيه للهِ تعالىٰ، والفُقراءُ مَصارِفُ، فصاحبُ الحقِّ معلومٌ فصَحَّتْ.

والثَّاني: أنْ يَذكُرَ اسمًا لَا يَدُلُّ علىٰ الحاجةِ، لَا عُرْفًا ولَا لُغةً، كقولِه: أوصيْتُ لبني فلانٍ، أو لأيامَىٰ بني فلانٍ، أو لنسائِهم، أو لِهِرْمَاهُم، أو لكُهُولِهم، أو لشُيوخِهم؛ فإنَّه لَا يَجُوزُ؛ لأنَّ الوصيةَ تَقَعُ لهم، وهمْ مجهولونَ.

والثَّالثُ: أنْ يَكُونَ الاسمُ قدْ يَقَعُ علىٰ الفقراءِ، إمَّا في عُرْفِ اللُّغةِ، أوْ في عُرْفِ الشَّرعِ، كما إذا أوصَىٰ لأيتامِ بني فلانٍ، أو لعُمْيانِهم، أو لزَمْناهُم؛ لقولِه تعالىٰ: ﴿وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ﴾. فمتىٰ كانُوا لَا يُحْصَونَ يُستدَلُّ به أنَّه أرادَ به الفقراءَ منهم تصحيحًا للوصيةِ، بخلافِ ما إذا كانُوا يُحْصَونَ؛ فإنَّه يَقَعُ علىٰ الأغنياءِ والفقراءِ منهم؛ لأنَّه لَا يُمْكِنُ العملُ بحقيقةِ الاسمِ؛ لأنَّ الوصيةَ تَصِحُّ لهم»[1]. كذا في «**التحفةِ**».

وجملةُ القولِ فيه: ما قالَ الكرخيُّ رحمه الله في «**مختصرِه**» قالَ: قالَ محمَّدٌ رحمه الله في «**الإملاءِ**»: وقالَ أبو يوسفَ ومحمَّدٌ رحمهما الله: إذا أوصىٰ بثُلُثِ مالِه لأيتامِ بني فلانٍ،

(۱) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [۳/۲۱٥].

. . . .

فإنْ كانُوا يُحْصَونَ دَخَلَ فيهم الفقيرُ والغنِيُّ، فكانَ الثلثُ بينَهم بالسَّوِيَّةِ، الذَّكَرُ والأُنثىٰ فيه سواءٌ، وإنْ كانُوا لَا يُحْصَوْنَ فالثلُثُ للفقراءِ منهم، كأنَّه أوصىٰ للمساكينِ، فيُعطِي الوصيُّ مَنْ شاءَ منهم.

وكذلكَ لوْ قالَ: قدْ أوصيْتُ بثلُثِ مالي لعُمْيانِ بني فلانٍ، أو لزَمْنىٰ بني فُلانٍ. فإنْ كانُوا يُحصَوْنَ: فالثلُثُ بينَهم للغنيِّ والفقيرِ بالسَّوِيَّةِ، وإنْ كانُوا لَا يُحصَونَ فالثلُثُ للفقراءِ منهم علىٰ ما وصفْتُ لكَ.

وإذا أوصىٰ لأراملِ بني فلانٍ؛ فالوصيةُ بينهنَّ لكلِّ امرأةٍ مُحتاجةٍ كانَ لها زوجٌ فطلَّقَها، أوْ ماتَ عنها، فهذه الأرملةُ قدْ أَرمَلَتْ مِنْ زوْجِها، ومالِها، ولَا يَدخُلُ في ذلكَ ذَكَرٌ محتاجٌ، ولَا غَنِيٌّ، ولَا يَدخُلُ في ذلكَ امرأةٌ غنيّةٌ، فإنْ كُنَّ يُحْصَيْنَ؛ قُسِمَ ذلكَ بينهنَّ بالسَّويةِ، وإنْ كُنَّ لَا يُحصَيْنَ فهذا علىٰ ما وصفْتُ لكَ مِنْ [٣/٣٣٩ط] أمرِ [٨/٣١٠و/م] المساكينِ.

وإذا أوصَىٰ لأيامَىٰ بني فلانٍ؛ فالأَيِّمُ كلُّ جاريةٍ قدْ بلغَتْ وجُومِعَتْ لَا زوْجَ لها، فهذه الأَيِّمُ غنِيّةً [كانَتْ][(١)] أو فقيرةً، فإنْ كُنَّ يُحْصَيْنَ؛ فالثلُثُ بينهنَّ بالسَّوِيَّةِ، الغنِيَّاتُ والمُحتاجاتُ، وإنْ كُنَّ لَا يُحصَيْنَ كانَ بمنزلةِ قولِه: لبنِي آدمَ، ولبنِي تميمٍ، فالوصيةُ باطلةٌ، ولَا تَكُونُ الجاريةُ الَّتي لها زَوْجٌ أَيِّمًا.

وإذا قالَ: لكلِّ ثيِّبٍ منْ بني فلانٍ، فإنْ كُنَّ لَا يُحصَيْنَ فالوصيةُ باطلةٌ، وإنْ كُنَّ يُحصَيْنَ فالوصيةُ جائزةٌ بينهنَّ بالسَّويَّةِ، الصغيرةُ والكبيرةُ في ذلكَ سواءٌ، والثَّيِّبُ كلُّ امرأةٍ جُومِعَتْ حلالًا أو حرامًا، صغيرةً كانَتْ أو كبيرةً، غنِيّةً كانَتْ أوْ فقيرةً، ذاتَ زوْجٍ كانَتْ، أو غيرَ ذاتِ زوْجٍ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

....

قالَ محمَّدٌ ﷺ: وهذا قولُ أبي يوسفَ ﷺ، وقولُنا. قالَ: فأمَّا في قولِ أبي حنيفةَ ﷺ: فإنَّه يَنبغي أنْ يكونَ إذا جُومِعَتْ بفُجورٍ ألَّا تَكُونَ ثيِّبًا، وإذا أوصىٰ لكُلِّ بِكْرٍ في بني فلانٍ، فإنْ كُنَّ لَا يُحْصَيْنَ فالوصيةُ باطلةٌ، وإنْ كُنَّ يُحصَيْنَ فالوصيةُ للإناثِ دونَ الذُّكورِ، والبِكْرُ: كلُّ امرأةٍ صغيرةٍ أو كبيرةٍ، غَنِيَّةٍ أو فقيرةٍ، ذاتِ زوْجٍ، أو غيرِ ذاتِ زَوْجٍ، ما لَمْ يَبْتَكِرْها رَجُلٌ.

فإذا ذهبَتِ العُذْرةُ[1] مِنْ وَثْبةٍ، أوْ مِنْ وَضوءٍ، أوْ مِن حَيْضٍ، أو غيرِ ذلكَ، إلَّا أنَّه بغيرِ جِماعِ رَجُلٍ، فهيَ بِكْرٌ علىٰ حالِها، وهيَ داخلةٌ في الوصيةِ، فإذا ابْتَكَرَها رجُلٌ فجامَعَها بفُجورٍ، أو حلالٍ، أو بشُبْهةٍ؛ فقدْ خرجَتْ مِنْ أنْ تَكُونَ بِكْرًا، ولَا شيءَ لها منَ الوصيةِ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الكرخيِّ ﷺ في «مختصرِه».

وقالَ الكرخيُّ أيضًا فيه: «قالَ مُعَلَّىٰ في «نوادرِه»: عنْ أبي يوسفَ ﷺ في رجُلٍ أوصَىٰ لقَرابتِه؛ فالقَرابةُ مِن قِبَلِ الأبِ والأُمِّ. وأمَّا الجنسُ واللُّحْمةُ: فمِنْ قِبَلِ الأبِ.

وقالَ أبو يوسفَ ﷺ: إذا أوصَىٰ رَجُلٌ لأهلِ بيتِه؛ دَخَلَ أبوه وجَدُّه فيهم إذا كانَ مِمَّن لَا يَرِثُ، وإذا أوصىٰ لقَرابتِه لَمْ يَدخُلِ الأبُ والجَدُّ في شيءٍ منْ ذلكَ، إلَّا أنْ يَقُولَ: لقَرابتي مِنَ الأقربِ فالأقربِ.

وقالَ أبو يوسفَ ﷺ في رجُلٍ أوصَىٰ بثلُثِ مالِه في الصِّلةِ، وله إخوةٌ وأخواتٌ وبنو أخٍ وبنو أُختٍ، قالَ: يُوضَعُ الثلُثُ في جميعِ قَرابتِه مِنْ هؤلاءِ، ومَنْ وُلِد منهم بعدَ موتِه بأقلَّ مِنْ ستَّةِ أشهرٍ، ومَنْ وُلِدَ بعدَ ذلكَ لَمْ يَدخُلْ معهم».

وقالَ الكرخيُّ ﷺ **أيضًا**: «قال ابنُ سَماعةَ: سمعتُ أبا يوسفَ ﷺ قالَ في

---

[1] أي: البَكارةُ. ينظر: «مختار الصحاح» لزين الرازي [ص/٢٠٣/ مادة: عذر].

[2] ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠١/ داماد].

وَهَذِهِ الْأَسَامِي تُشْعِرُ بِتَحَقُّقِ الْحَاجَةِ فَجَازَ حَمْلُهُ عَلَىٰ الْفُقَرَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَىٰ لِشُبَّانِ بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ لَا يُحْصَوْنَ أَوْ لِأَيَامَىٰ بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ لَا يُحْصَوْنَ حَيْثُ تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي اللَّفْظِ مَا يُنْبِئُ عَنِ الْحَاجَةِ فَلَا

غاية البيان

رَجُلٍ قالَ: قدْ أوصيْتُ بثلُثِ مالي لشبابِ أهلِ بيتي، أو [قالَ][1]: لكُهولِ أهلِ بيتي، أو قالَ: لمَشْيخةِ أهلِ بيتي [٨/٣١٠ظ/م]، قالَ: الشبابُ مِن خمسَ عشرةَ [سَنةً][1] إلىٰ خمسينَ، إلَّا أن يَغلِبَ الشَّمَطُ قبْلَ ذلكَ، والكَهْلُ: مِنْ ثلاثينَ إلىٰ آخرِ عُمرِه، والشيخُ ما زادَ علىٰ الخمسينَ.

قالَ ابنُ سماعةَ: وكانَ أبو يوسفَ قالَ في هذا قبلَ هذا القولِ بأشهرٍ أو بسَنةٍ خِلافَ هذا، وقالَ هذا القولُ بعدَ ذلكَ.

وقالَ ابنُ سماعةَ: عنْ أبي يوسفَ سمعتُه يَقُولُ في رجُلٍ أوصَىٰ لكُهولِ أهلِ بيتِه، قالَ: الكَهْلُ ابنُ ثلاثينَ سَنَةً فصاعدًا إلىٰ مئةٍ أو أكثرَ، وإنْ قالَ: لمَشْيخةِ أهلِ بيتي [٣/٥٤٠و]؛ فالشيخُ ابنُ أربعينَ سَنَةً فصاعدًا، وإنْ قالَ: غِلْمانُ أهلِ بيتي فابنُ أقلَّ مِنْ خمسَ عشرةَ سَنَةً، إلَّا أنْ يَكُونَ منهم قدِ احتَلَمَ في أقلَّ منْ ذلكَ».

قالَ أبو الحسنِ: «أرَىٰ هذا القولَ الَّذي ذَكرَ ابنُ سماعةَ أنَّه رَجَعَ عنه، ورَوَىٰ عنه ابنُ سماعةَ قولًا آخرَ قالَ: [سمعتُ أبا يوسفَ ﷺ قالَ][2] في رجُلٍ أوصَىٰ بثلُثِ مالِه لكُهولِ أهلِ بيتِه، قالَ: فهوَ لأبناءِ الثلاثينَ إلىٰ الأربعينَ، وقالَ الشيخُ: ما زادَ علىٰ الخمسينَ وإنْ لَمْ يَشِبْ، وإذا زادَ علىٰ الأربعينَ وكانَ شَيْبُه الأكثرَ فهوَ شيخٌ، وإنْ كانَ السَّوادَ الأكثرَ فليسَ بشيخٍ، والشابُّ إذا احتَلَمَ فهوَ شابٌّ، قالَ أبو عبدِ اللهِ ﷺ: أحْسَبُه إلىٰ ثلاثينَ سنةً.

وقالَ عَمْرُو بنُ عَمْرٍو عنْ محمَّدٍ ﷺ: الغِلْمانُ ما كانَ ابنَ أقلَّ مِنْ خمسَ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٢) في الأصل: «أبو يوسف». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

يُمْكِنُ صَرْفُهُ إِلَىٰ الْفُقَرَاءِ وَلَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ تَمْلِيكًا فِي حَقِّ الْكُلِّ لِلْجَهَالَةِ الْمُتَفَاحِشَةِ وَتَعَذُّرَ الصَّرْفُ إِلَيْهِمْ.

غاية البيان

عشرةَ سنةً، والشبابُ الصبيانُ إذا بلغُوا الخَمسَ عشرةَ سَنةً وفوقَ ذلكَ، والكُهولُ إذا بَلغُوا الأربعينَ ما بينَ الخمسينَ إلىٰ السِّتِّينَ، إلَّا أنْ يَكُونَ الشَّيْبُ قدْ غَلَبَ عليه فيَكُونُ شيخًا، وإنْ لَمْ يَبلُغِ الخمسينَ إلَّا أنَّه لَا يَكُونُ كَهْلًا حتَّىٰ يَبلُغَ الأربعينَ، كذلكَ لَا يَكُونُ شيخًا حتَّىٰ يُجَاوِزَها»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الكرخيِّ ﷺ في «مختصرِه».

قولُه: (وَإِنْ كَانُوا قَوْمًا يُحْصَوْنَ).

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ السَّمرْقَنديُّ ﷺ في كتابِ «**نُكَتِ الوصايا**»: «اختَلفُوا في مِقْدارِ الإحصاءِ، رُوِيَ عنْ أبي يوسفَ ﷺ أنَّه قالَ: إذا زَادُوا علىٰ المئةِ فإنَّهم لَا يُحْصَوْنَ، وإنْ كانوا مئةً، أو أقلَّ؛ فإنَّهم مِمَّن يُحصَوْنَ، واحتَجَّ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قَسَّمَ سِهامَ خيبَرَ، وجَعلَ لكلِّ مئةٍ سهمًا، فإذا أعطىٰ لكلِّ مئةٍ سهمًا كانَ ذلكَ قِسمةً صحيحةً، فقدْ وَقَعَ ذلكَ في مِلْكٍ خاصٍّ.

وقالَ بعضُهم: إذا كانُوا بحالٍ لَا يُمْكِنُ أن يُعَدُّوا إلَّا أنْ يموتَ منهم ميِّتٌ، أو يُولَدَ فيهم مولودٌ، فهُمْ قومٌ لَا يُحْصَوْنَ.

وقالَ بعضُهم: إذا كانُوا بحالٍ لوْ نَظَرَ النَّاظرُ إليهم لَا يَعرِفُ عددَهم، ويَحتاجُ [٣١١/٨و/م] إلىٰ التَّكلُّفِ في حسابِهم.

وقالَ بعضُهم: لَا يُوقَّتُ في ذلكَ وقتًا، والأمرُ مَوْكولٌ إلىٰ اجتهادِ الحاكمِ، وقالَ مَنْ قَدَّرَ في الإحصاءِ فهوَ أحمقُ، ورأيتُ أنَّ هذا قولُ محمَّدٍ ﷺ». إلىٰ هنا لفظُ الفقيهِ أبي الليثِ ﷺ في كتابِه.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/١/٤٠١/ داماد].

وَفِي الْوَصِيَّةِ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ: يَجِبُ الصَّرْفُ إِلَىٰ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ، اعْتِبَارًا لِمَعْنَى الْجَمْعِ، وَأَقَلُّهُ اثْنَانِ فِي الْوَصَايَا عَلَىٰ مَا مَرَّ.

غاية البيان

قولُه: (وَفِي الْوَصِيَّةِ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ: يَجِبُ الصَّرْفُ إِلَىٰ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ، اعْتِبَارًا لِمَعْنَى الْجَمْعِ، وَأَقَلُّهُ اثْنَانِ)، أيْ: أقلُّ الجمعِ اثنانِ في الوصايا[1].

ولمْ يَذكُرْ صاحبُ «**الهدايةِ**» ﵀ فيه الخِلافَ، فيَنْبَغِي أنْ يَكُونَ هذا علىٰ قولِ محمَّدٍ ﵀؛ لأنَّ الفقيهَ أبا اللَّيثِ ﵀ [ذَكَرَ][2] في كتابِ «**نُكَتِ الوصايا**»: فيه الخِلافُ، إذا قالَ: لفقراءِ بني فلانٍ؛ فإنَّه يَجُوزُ، وذلكَ لأنَّه قَصَدَ بالوصيَّةِ التَّقرُّبَ إلىٰ اللهِ تعالىٰ.

فإنْ كانُوا يُحصَوْنَ يُدفَعُ إلىٰ جميعِ فقرائِهم؛ لأنَّه يَصِيرُ بمنزلةِ التَّسْميةِ لهم، وإنْ كانُوا لَا يُحْصَوْنَ جازَ أن يُدْفَعَ إلىٰ بعضِهم دونَ بعضٍ، ثُمَّ في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﵄: جازَ له أنْ يُدْفَعَ كُلَّه إلىٰ فقيرٍ واحدٍ، وفي قولِ محمَّدٍ ﵀ [٣/٥٤٠ظ]: لَا يَجُوزُ إلَّا أن يَدْفَعَ إلىٰ اثنينِ فصاعداً.

أمَّا مذهبُ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﵄: فهوَ أنَّ الكلامَ انصرَفَ إلىٰ الجنسِ، والجنسُ يَتَناوَلُ الواحدَ والأكثرَ، ألَا تَرَىٰ إلىٰ قولِه تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠]، فلوْ دُفِعَ إلىٰ مسكينٍ واحدٍ جازَ، ولوْ حَلَفَ رَجُلٌ وقالَ: عبْدُه حُرٌّ إنْ تَزَوَّجَ النساءَ، فتزوَّجَ امرأةً واحدةً؛ عَتَقَ العبدُ، فكذلكَ هاهُنا انصرفَ إلىٰ الجنسِ، والجنسُ يَقَعُ علىٰ الواحدِ والأكثرِ.

وأمَّا مذهبُ محمَّدٍ ﵀: فهوَ أنَّ الوصيةَ أُختُ الميراثِ، وأقلُّ الجماعةِ في بابِ الميراثِ اثنانِ فصاعداً، ألَا تَرَىٰ إلىٰ قولِ اللهِ تعالىٰ: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١]. فوَقعَ ذلكَ الاسمُ علىٰ الاثنينِ فصاعداً، فكذلكَ هاهُنا،

---

(١) في الأصل: «الوصية». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

وَلَوْ أَوْصَىٰ لِبَنِي فُلَانٍ ؛ يَدْخُلُ فِيهِمُ الإِنَاثُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَوَّلَ قَوْلَيْهِ ، وَهُوَ قَوْلُهُمَا ؛ لِأَنَّ جَمْعَ الذُّكُورِ يَتَنَاوَلُ الإِنَاثَ ، ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ : يَتَنَاوَلُ الذُّكُورَ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّ حَقِيقَةَ الِاسْمِ لِلذُّكُورِ وَانْتِظَامُهُ لِلْإِنَاثِ تَجَوُّزٌ وَالْكَلَامُ لِحَقِيقَتِهِ ،

غاية البيان

وكذلكَ ذَكَرَ الخلافَ في «مختلفِ الرِّوايةِ» ، و«شرحِ الكافي»[1] ، وغيرِ ذلكَ .

قولُه: (وَلَوْ أَوْصَىٰ لِبَنِي فُلَانٍ ؛ يَدْخُلُ فِيهِمُ الإِنَاثُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله أَوَّلَ قَوْلَيْهِ ، وَهُوَ قَوْلُهُمَا ؛ لِأَنَّ جَمْعَ الذُّكُورِ يَتَنَاوَلُ الإِنَاثَ ، ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ : يَتَنَاوَلُ الذُّكُورَ خَاصَّةً) .

قالَ الكرخيُّ رحمه الله **في «مختصرِه»:** «قالَ بِشْرٌ عنْ أبي يوسفَ رحمه الله في رَجُلٍ أوصَىٰ بثلثِه لبَنِي فلانٍ رَجُلٍ مِنَ النَّاسِ يُعْرَفُ ؛ فإنَّ أبا حَنِيفَةَ رحمه الله قالَ في ذلكَ: هوَ لِولدِه جميعًا ، الذكرُ والأنثىٰ فيه سواءٌ ، ثُمَّ رَجَعَ عنْ ذلكَ ، فقالَ: هوَ للذُّكورِ دونَ الإناثِ ، قالَ: ألَا تَرَىٰ أنَّكَ لَا تَقُولُ للمرأةِ: هذه منْ بني [٨/٣١١ظ/م] فلانٍ ، إذا كُنْتَ تَنسِبُها إلىٰ أبيها ، فأمَّا إذا نَسَبْتَها إلىٰ قبيلةٍ ؛ فإنَّكَ تَقُولُ: هيَ مِن بني فلانٍ ، فَيَنْتَقِيمُ»[2] .

وقالَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرخسيُّ رحمه الله **في «شرحِ الكافي»:** «إذا أوصَىٰ بثُلثِه لبني فلانٍ ؛ فهذا لَا يَخْلُو: إمَّا أنْ يَكُونَ الأبُ قبيلةً مِثْلَ تميمٍ وكَلْبٍ ، أوْ لَا يكونُ قبيلةً ، بل أبًا خاصًّا ، فإنْ كانَ قبيلةً دَخَلَ فيه الذُّكورُ والإناثُ ؛ لأنَّ المرادَ: النِّسبةُ ، والمرأةُ تَقُولُ: أنا مِنْ بني فلانٍ ، كما يَقُولُ الرَّجُلُ ؛ لأنَّه لَا حقيقةَ لهذه النِّسبةِ ، وإنَّما يُنْسَبُ إليها مجازًا ، فيَتَنَاوَلُ جنسَ مَنْ يُنسَبُ إليها حقيقةً كانَ ، أو مجازًا .

ألَا تَرَىٰ أنَّه يَدْخُلُ فيه الحَلِيفُ والعديدُ ، وهذا إذا كانُوا يُحصَوْنَ ، فإنْ كانُوا

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [١٥٩/٢٧] .

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٥/ داماد] .

. . . .

لَا يُحصَوْنَ فالوصيةُ باطلةٌ ؛ لأنَّ في القبيلةِ أغنياءَ وفقراءَ ، والوصيَّةُ للأغنياءِ صِلَةٌ ، والصِلَةُ للمجهولِ باطلةٌ»[1] .

وهكذا ذَكَرَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ ﷺ في «مختلفِ الرِّوايةِ» حيثُ قالَ: «إذا أوصَىٰ لبني فلانٍ ، فإن كانَ فلانٌ أبَ القبيلةِ جازتِ الوصيةُ ، ويَدخُلُ فيه البَنُونَ والبناتُ ، إذا كانُوا يُحصَوْنَ ؛ لأنَّهم إذا كانُوا يُحْصَونَ فهي وصيةٌ لمعلومٍ ، فصَحَّتِ الوصيةُ ، وإنْ كانوا لَا يُحصَوْنَ فهي وصيةٌ لمجهولٍ ، فَلَمْ يَجُزْ» . إلىٰ هنا لفظُ الفقيهِ [٣/٤٤١ظ] أبي اللَّيثِ ﷺ .

وذكرَ في «التحفةِ» بخِلافِ هذا ، حيثُ صَحَّحَ الوصيةَ إذا كانَ لَا يُحْصَىٰ عددُهم أيضًا قالَ: «ولوْ أوصىٰ لبنِي فلانٍ ، إنْ كانُوا لَا يُحْصَىٰ عددُهم ، كبني تميم وبني العباسِ ؛ فإنَّه يُصرَفُ إلىٰ جميعِ القبيلةِ ، ويَدخُلُ فيهم الحليفُ ، والمُوالِي[2] بسببِ الوَلاءِ والعَتاقةِ ؛ لأنَّ هذا بمنزلةِ الصدقةِ ، وله أنْ يُصْرَفَ إلىٰ واحدٍ أو أكثرَ عندَ أبي يوسفَ ﷺ ؛ لأنَّه اسمُ جِنسٍ ، وعندَ محمَّدٍ ﷺ: يُصْرَفُ إلىٰ الاثنيْنِ ؛ لأنَّ اسمَ الجنسِ في الوصيةِ يَقَعُ علىٰ الاثنيْنِ ، والذكَرُ والأنثَىٰ فيه سواءٌ؛ لأنَّه اسمُ القبيلةِ»[3] . كذا في «التحفةِ» .

فأمَّا إذا كانَ فلانٌ أبَ صُلْبٍ ، قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ ﷺ في كتابِ «نُكَتِ الوصايا»: «فإنْ كانُوا كلُّهم ذُكورًا ؛ دَخَلُوا فيه ، وإنْ كانُوا كلُّهم إناثًا ؛ لَمْ يَدخُلُوا فيه ، وإنْ كانُوا ذُكورًا وإناثًا اختَلفُوا فيه ، ففي قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ ـ الَّذي رَوىٰ عنه أبو يوسفَ ، وهوَ قولُ أبي يوسفَ ﷺ ـ: تَكُونُ الوصيةُ للذُّكورِ دونَ الإناثِ .

(١) ينظر: «المبسوط» للسرخسيِّ [١٥٨/٢٧] .

(٢) في الأصل: «الموالي» . والمثبت من: «ن» ، و«فا٢» ، و«غ» ، و«ر» ، و«م» .

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢١٣/٣] .

. . . .

غاية البيان

وأمَّا في قولِ محمَّدٍ ـ وهوَ قولُ أبي حَنِيفَةَ ﷺ الَّذي رَوَىٰ عنه يوسُفُ بنُ خالدٍ السَّمْتِيُّ ـ: دَخَلَ فيه الذُّكورُ والإناثُ جميعًا.

فأمَّا مذهبُ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﷺ: أنَّ البَنِينَ جماعةُ الابنِ، فيَقَعُ هذا اللفظُ على الذُّكورِ دونَ الإناثِ؛ لأنَّه يُمْكِنُ [٣١٢/٨و/م] أنْ يُصْرَفَ الكلامُ إلىٰ الحقيقةِ، فيُسْتَغنَىٰ عنِ المَجازِ، وحقيقةُ هذا اللفظِ للذُّكورِ دونَ الإناثِ، ألَا تَرَىٰ أنَّ الأولادَ لوْ كانُوا كلُّهم إناثًا؛ لَا شيءَ لهم، والمعنىٰ في ذلكَ أنَّه جَعَلَ الوصيةَ للبَنِينَ لَا للبناتِ، فكذلكَ هاهُنا، وكذلكَ إذا كانَ فلانٌ جَدًّا لَا يَدْخُلُ فيه إلَّا الذكورُ؛ لأنَّ النِّسبةَ إلىٰ الجَدِّ [بمنزلةِ الحقيقةِ؛ لأنَّ كثيرًا مِنَ النَّاسِ يُنْسَبُ إلىٰ الجدِّ][(١)].

ألَا تَرَىٰ أنَّ ابنَ أبي لَيْلَىٰ قدْ يُنْسَبُ إلىٰ جَدِّه، وكذلكَ أبو نَصْرِ بنِ سَلامٍ، وهوَ اسمُ جَدِّه، فلَمَّا ثبَتَ أنَّ الإنسانَ قدْ يُنْسَبُ إلىٰ الجَدِّ صارَ حُكْمُ أبِ الصلْبِ والجَدِّ سواءً.

وأمَّا مذهبُ محمَّدٍ ﷺ: أنَّ البناتِ إذا اختَلطْنَ بالبنِينَ غَلَبَ اسمُ الذُّكورِ علىٰ البناتِ، ألَا تَرَىٰ أنَّه يُقالُ: أبوَانِ وإنْ كانَ أحدُهما أُمًّا، فكذلكَ هاهُنا يُسَمَّوْنَ بَنِينَ وإنْ كانَ بعضُهم إناثًا، ألَا تَرَىٰ إلىٰ قولِه تعالىٰ: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ﴾ [النساء: ١٧٦]. فعَبَّرَ عنِ الإخوةِ والأخواتِ اسمَ الإخوةِ».

وقالَ في «التحفةِ»: «وأمَّا إذا لَمْ يَكُنْ لفلانٍ وَلَدُ الصُّلْبِ، فإنَّ الوصيةَ للذُّكورِ مِنْ أولادِ البنِينَ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وعندَهما: يَدخُلُ الكُلُّ، وهلْ يَدخُلُ بنو البناتِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ؟ رَوَىٰ الحسنُ: أنَّهم يَدْخُلونَ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بَنُو فُلَانٍ اسْمَ قَبِيلَةٍ، أَوْ فَخِذٍ، حَيْثُ يَتَنَاوَلُ الذُّكُورَ وَالْإِنَاثَ؛ لأنه لَيْسَ يُرَادُ بِهَا أَعْيَانُهُمْ، إِذْ هُوَ مُجَرَّدُ الِانْتِسَابِ كَبَنِي آدَمَ وَلِهَذَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوْلَى الْعَتَاقَةِ وَالْمُوَالَاةُ وَحُلَفَاؤُهُمْ.

غاية البيان

وذَكَرَ في «السِّيَرِ الكبيرِ»: أنَّهم لَا يَدْخُلُونَ[1]، ولوْ كانَ له ابنٌ واحدٌ، وبنو بَنِينَ، فللابنِ النِّصفُ، والباقي للورثةِ دونَ بني البنِينَ، وعندَهما: للابنِ النِّصفُ، والباقي لبني البنِينَ. وإذا كانَ له ابنانِ وبَنُو ابنٍ؛ فالكُلُّ للابنَيْنِ؛ لأنَّ الابنَيْنِ في الوصيةِ بمنزلةِ الجمعِ.

ولوْ كانَ ابنٌ واحدٌ وبناتٌ: فالنِّصفُ للابنِ، والباقي للورثةِ عندَ أبي حَنِيفَةَ، وعندَهما: النِّصفُ للابنِ والباقي للبناتِ، ولوْ كانَ له بناتٌ وبنُو ابنٍ فلَا شيءَ لهم، بَل للورثةِ عندَه.

[٣/٥٤١ظ] وعندَهما: للكُلِّ على السَّواءِ.

ولوْ أوصَى لولدِ فُلانٍ فإنَّه يَدخُلُ فيه الذُّكورُ والإناثُ على السَّواءِ، ويَدخُلُ فيه الجَنِينُ الَّذي يُولَدُ لأقلَّ مِنْ ستَّةِ أشهرٍ، ولَا يَدْخُلُ وَلَدُ الولدِ ما دامَ الصُّلْبِيُّ[2] حيًّا، فإنْ كانَ بناتٌ وبنو الابنِ فهيَ للبناتِ لَا غيرَ، ولوْ كانَ وَلَدٌ واحدٌ فالكُلُّ له؛ لأنَّ اسمَ الولدِ يَقَعُ على الواحدِ»[3]. كذا في «التحفةِ».

قولُه: (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بَنُو فُلَانٍ اسْمَ قَبِيلَةٍ، أَوْ فَخِذٍ، حَيْثُ يَتَنَاوَلُ الذُّكُورَ وَالْإِنَاثَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ يُرَادُ بِهَا أَعْيَانُهُمْ، إِذْ هُوَ مُجَرَّدُ الِانْتِسَابِ كَبَنِي آدَمَ).

قالَ الكَرخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «وإذا قالَ: لبني فلانٍ، وبنُو فلانٍ أولئكَ

(١) «السير الكبير/مع شرح السرخسي» [٢/٧٨٤].

(٢) في الأصل: «الصبي»، والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م». وهو الموافق لِمَا وقع في «تحفة الفقهاء».

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٢١٤].

وَإِذَا أَوْصَىٰ لِوَلَدِ فُلَانٍ ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ ، وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَىٰ فِيهِ سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْوَلَدِ يَنْتَظِمُ الْكُلَّ انْتِظَامًا وَاحِدًا .

غاية البيان

نبيلةٌ لَا تُحْصَىٰ دَخَلَ مَوَالِيهم في الوصيةِ ؛ مَوالي المُوَالاةِ الَّذين أسلَمُوا علىٰ أيديهم وَوَالُوهُمْ ، ومَوالي العَتَاقةِ ، وحُلَفاؤُهم ، وأعدادُهم معهم ، وإنْ [٨/٣١٢ظ/م] كانَ أوصَىٰ لبنِي فُلانٍ ، وهم بَنُو أبٍ ، وليسوا بقبيلةٍ ، ولَا فَخِذٍ ؛ كانَتِ الوصيةُ لبنِي فُلانٍ منَ العربِ خاصّةً ، دونَ المَوالِي ، ودون الحُلَفاءِ»[1] . إلىٰ هنا لفظُ الكَرخيِّ ۝ .

والحَلِيفُ: اسمٌ لِمَنْ يَأْتِي قبيلةً فيَحْلِفُ لهم ، ويَحْلِفونَ علىٰ التَّناصُرِ ، ويُقالُ: فلانٌ عَدِيدُ بني فُلانٍ . أيْ يُعَدُّ منهم .

والفَخْذُ: مِنَ العَشائرِ أقلُّ مِنَ البطنِ .

وبيانُه: فيما قالَ صاحبُ «الكشَّافِ» ۝ : «الشَّعْبُ الطبقةُ الأُولَىٰ منَ الطَّبقاتِ السِّتِّ الَّتي عليها العربُ ، وهيَ الشَّعْبُ ، والقبيلةُ ، والعِمَارةُ ، والبَطْنُ ، والفَخْذُ ، والفَصِيلةُ ، فالشَّعْبُ تَجمَعُ القبائلَ ، والقبيلةُ تَجمَعُ العِمَارةَ ، والعِمارةُ تَجْمَعُ البطونَ ، والبَطْنُ تَجمَعُ الأفخاذَ ، والفَخْذُ تَجمَعُ القبائلَ ، خُزَيمةُ شَعْبٌ ، وكِنَانةُ قبيلةٌ ، وقُرَيْشٌ عِمَارةٌ ، وقُصَيّ بَطْنٌ ، وهاشمٌ فَخِذٌ ، والعبّاسُ فَصِيلةٌ ، وسُمِّيَتِ الشُّعوبُ ؛ لأنَّ القبائلَ تَشَعّبَتْ منها»[2] .

قولُه: (وَإِذَا أَوْصَىٰ لِوَلَدِ فُلَانٍ ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ ، وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَىٰ فِيهِ سَوَاءٌ) ، أيْ: قالَ القُدوريُّ في «مختصرِه»[3] .

وذلكَ لأنَّ اسمَ الولدِ يَتناوَلُ كُلَّ واحدٍ منَ الذكَرِ والأُنثَىٰ علىٰ الانفرادِ ،

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٥/ داماد] .

(٢) ينظر: «الكشاف» للزمخشري [٤/٣٧٧] .

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٤٤] .

....

فيَتناوَلُهم على اجتماعٍ، فلمَّا تَساوَى الذَّكَرُ والأُنثى في تَناوُلِ الاسمِ؛ تَساوَيَا في الاستحقاقِ؛ لأنَّه ليسَ في اللَّفظِ ما يَدُلُّ على التفصيلِ.

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ ﷺ **في كتابِ «نُكَتِ الوصايا»**: «ولوْ أوصَى لوَلَدِ فلانٍ، وليسَ [له][1] وَلَدُ صُلْبٍ؛ فالوصيةُ لوَلَدِ وَلَدِه، ولأنَّ وَلَدَ الولدِ يُسَمَّى وَلَدًا على طريقِ المَجازِ، فلوْ صُرِفَتِ الوصيةُ إليه؛ صَحَّ كلامُ المُوصِي، ولوْ لَمْ يُصْرَفْ إليه؛ بَطَلَ كلامُ المُوصِي، والعاقلُ يَقصِدُ بكلامِه ما يَصِحُّ، ولَا يَقصِدُ بكلامِه ما لَا يَصِحُّ، فإذا كانَ هكذا[2] دَخَلَ ولدُ الولدِ في الوصيةِ إذا لَمْ يَكُنْ له ولدُ الصُّلْبِ.

ولوْ كانَ له ولدٌ واحدٌ مِنْ ولدِ الصُّلْبِ؛ فالوصيةُ كُلُّها له؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّ اسمَ الولدِ، وليسَ لولدِ الولدِ شيءٌ؛ لأنَّه إذا أَمْكَنَ صَرْفُ الكلامِ إلى الحقيقةِ، لَا يُصْرَفُ إلى المَجازِ، ولَا يَكُونُ لولدِ البنتِ شيءٌ، ولأنَّ ولدَ البنتِ ليسَ مِنْ ولدِه؛ لأنَّه يُنْسَبُ إلى قومِ الأبِ، ولَا يُنْسَبُ إلى قومِ الأُمِّ، فإذا لَمْ يكنْ مِنْ ولَدِه لَا يَدْخُلُ فيه».

وهكذا ذَكَرَ شمسُ الأئمَّةِ [٣/٥٤٢و] السَّرخسيُّ ﷺ في **«شرحِ الكافي»** حيثُ قالَ: «ولوْ كانَ له وَلَدٌ واحدٌ ذَكَرٌ أو أُنثى؛ فجميعُ الوصيةِ له؛ لأنَّه هوَ المُسْتَحِقُّ للاسمِ على الحقيقةِ، فلَا يُصْرَفُ إلى مَجازِه»[3].

وذَكَرَ الكرخيُّ ﷺ في **«مختصرِه»** بخلافِ ذلكَ، حيثُ قالَ: «وإنْ قالَ: قدْ أوصيْتُ بثلُثِ مالي إلى ولدِ فُلانٍ، وله ولدٌ لصُلْبِه ذكورٌ وإناثٌ؛ كانَ الثلُثُ لهم بعدَ أنْ يَكُونُوا اثنَيْنِ فصاعدًا، ولَمْ يَكُنْ لِوَلدِ ولدِه شيءٌ، وإنْ كانَ لصُلْبِه واحدٌ،

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».
(٢) في الأصل: «هذا». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».
(٣) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [٢٧/١٥٨].

. . . .

غاية البيان

وله وَلَدُ وَلَدٍ؛ كانَ للَّذي لصُلْبِه نصفُ [٣١٣/٨و/م] الثلُثِ ذَكَرًا كانَ أوْ أُنثىٰ، وكانَ ما بَقِيَ لِوَلَدِ ولَدِه مَن سَفُلَ منهم، ومَنْ قَرُبَ بالسَّويةِ الذَّكَرُ والأُنثىٰ فيه سواءٌ، وهذا كلُّه علىٰ قياسِ قولِ أبي حَنِيفَةَ وزُفَرَ وأبي يوسفَ ﷺ»[١]. إلىٰ هنا لفظُ الكرخيِّ ﷺ في «**مختصرِه**».

وقالَ **القُدوريُّ** ﷺ في كتابِه المُسَمَّىٰ بـ«**التَّقريبِ**»: «رَوَىٰ الحسنُ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: فيمَنْ أوصَىٰ لولدِ فُلانٍ أنَّه يَدْخُلُ في الوصيةِ الولدُ وولدُ الولدِ؛ لأنَّ الاسمَ يَتَناوَلُهم، وقدْ فُهِمَ ذلكَ مِنْ ظاهرِ قولِه تعالىٰ: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوۡلَٰدِكُمۡ﴾ [النساء: ١١]».

ثُمَّ قالَ **القُدوريُّ** ﷺ: «والصَّحيحُ ألَّا يَدْخُلوا مع وَلَدِ الصُّلبِ؛ لأنَّ الاسمَ حقيقةٌ فيهم[٢]، مجازٌ في وَلَدِ الولدِ، ومِنْ أصْلِه: أنَّ الاسمَ لَا يُحْمَلُ علىٰ الحقيقةِ والمَجازِ».

ثُمَّ قالَ: «وقدْ قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ فيمَنْ أوصَىٰ لوِلَدِ فُلانٍ وله أولادٌ بناتٌ: أنَّهم لَا يَدْخُلونَ في الوصيةِ، ورَوَىٰ الحسنُ عنه دخولَهم في الوصيةِ مثل أولادِ البَنِينَ».

ثُمَّ قالَ: «وذَكَرَ الطَّحاوِيُّ عنِ الخَصَّافِ عنْ محمَّدٍ ﷺ: أنَّ بَنِي البناتِ يَدْخُلونَ في الوَقْفِ الَّذي لبني فلانٍ، ثُمَّ قالَ: وقدْ ذَكَرَ في «**السِّيَرِ الكبيرِ**»: أنَّ بني البناتِ لَا يَدخُلونَ في الأمانِ إذا كانَ للرَّجُلِ وولدِه[٣]».

ثُمَّ قالَ: «وذكرَ الخَصَّافُ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: فيمَنْ أوصَىٰ لولدِ فُلانٍ بثلُثِ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٥/٤٠٥/ داماد].

(٢) في الأصل: «وهم». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٣) ينظر: «السير الكبير/مع شرح السرخسي» [٤٢٨/٢].

....

مالِه: أنَّ الثلثَ للذُّكُورِ دونَ الإناثِ، ورَوَىٰ بِشْرٌ عنْ أبي يوسفَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ مِثْلَ ذلكَ، وقالَ محمَّدٌ ﷺ: يَدْخُلُ أولادُ البناتِ».

ثُمَّ قالَ القُدوريُّ: «وذَكَرَ الأنصاريُّ عنْ أبي حَنِيفَةَ وزُفَرَ ﷺ: أنَّ وَلَدَ البناتِ يَدْخُلُونَ في الوَقْفِ للأولادِ.

وجهُ الرِّوايةِ الأُولىٰ: أنَّ أولادَ البناتِ لَا يُنْسَبُونَ إلىٰ الجَدِّ، وإنَّما يُنْسَبونَ إلىٰ قبيلةِ أبيهم، وقولُهم[1]: وَلَدُ فُلانٍ يُفيدُ مَنْ يُنْسَبُ إليه بالوِلادةِ، وقدْ سُئِلَ الشَّعبيُّ ﷺ عنْ ذلكَ، فأجابَ أنَّه لوَلَدِ البَنِينَ، وأنشدَ[2]:

بَنُونَـا بَنُـو أَبْنائِنَـا وبَنَاتُنَـا ❊ بَنُـوهُنَّ أَبْنَـاءُ الرِّجَـالِ الأَباعِـدِ

وجهُ روايةِ الحَسَنِ: أنَّ وَلَدَ البناتِ يُنْسَبونَ إلىٰ جَدِّهم. ولهذا يُقالُ في الحَسَنِ والحُسَيْنِ ﷺ: أنَّهما أبناءُ رسولِ الله ﷺ وأولادُه.

وهنا حِكايةُ يحيىٰ بنِ يَعْمَرَ ذَكَرَها شمسُ الأئمَّةِ السَّرخسيُّ في «شرحِ السِّيَرِ الكبيرِ»، وهيَ: «أنَّ الحَجَّاجَ أمَرَ به ذاتَ يوم، فأُدخِلَ عليه وهَمَّ بقَتْلِه، فقالَ له: لتقرَأَنَّ علَيَّ آيةً مِن كتابِ الله تعالىٰ نصًّا علىٰ أنَّ العَلَوِيَّةَ مِنْ ذُرِّيَّةِ رسولِ اللهِ ﷺ، أوْ لأَقْتُلَنَّكَ، فتَلَا عليه قولَه تعالىٰ: ﴿فَقُلْ تَعَالَوْا نَدْعُ أَبْنَاءَنَا وَأَبْنَاءَكُمْ﴾ [آل عمران: ٦١]، وقوله تعالىٰ: ﴿وَنُوحًا هَدَيْنَا مِن [٣/٥٤٢ظ] قَبْلُ وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ وَأَيُّوبَ

---

(١) في الأصل: «وقوله». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٢) هذا البَيْت لَا يُعْرَف قَائِلُه مع شُهْرته فِي كُتُب النُّحَاة وَغَيرهم. قال عبدُ القادر البغداديّ: «وَرَأَيْتُ فِي «شرح الْكرْمَانِي» فِي «شرح شَوَاهِد الكافية للخبيصِيّ» أنه قال: «هذا الْبَيْتُ قائلُه أَبُو فِرَاس هَمَّام الفَرَزْدق بن غَالب»، ثمَّ تَرْجَمه، وَالله أعلم بِحَقِيقَة الْحَال». ينظر: «خزانة الأدب» لعبد القادر البغدادي [١/٤٤٥].

ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به علىٰ دخول أبناء الأبناء في الميراث.

وَمَنْ أَوْصَىٰ لِوَرَثَةِ فُلَانٍ ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا نَصَّ عَلَىٰ لَفْظِ الْوَرَثَةِ آذَنَ ذَٰلِكَ بِأَنَّ قَصْدَهُ التَّفْضِيلُ كَمَا فِي الْمِيرَاثِ .

غاية البيان

وَيُوسُفَ وَمُوسَىٰ وَهَٰرُونَ ۚ وَكَذَٰلِكَ نَجْزِي ٱلْمُحْسِنِينَ ۝ وَزَكَرِيَّا وَيَحْيَىٰ وَعِيسَىٰ وَإِلْيَاسَ ۖ كُلٌّ مِّنَ [٨/٣١٣ط/م] ٱلصَّٰلِحِينَ﴾ [الأنعام: ٨٤ ـ ٨٥]، ثُمَّ قالَ: فعِيسىٰ مِن ذُرِّيَّةِ نُوحٍ مِنْ قِبَلِ الأبِ، أوْ مِن قِبَلِ الأُمِّ؟ فبُهِتَ الحَجَّاجُ وردَّه بجميلٍ، وقالَ: كأنِّي سمعْتُ هذه الآيَةَ الآنَ»[1].

وذكَر الواحدِيُّ ﷺ في «أسبابِ النُّزولِ»: «عنِ الشَّعبيِّ ﷺ قالَ: أبناءَنا: الحسنَ والحسينَ، ونساءَنا: فاطمةَ، وأنفسَنا: عليَّ بنَ أبي طالبٍ ﷺ»[2].

جوابُه: أنَّ ذلكَ نوعٌ منَ المجازِ، ولَا مانعَ منه بدليلِ قولِه: ﴿مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ [الأحزاب: ٤٠]. ومَنْ كانَ وَلَدَكَ حقيقةً كنتَ أبًا له حقيقةً.

قولُه: (وَمَنْ أَوْصَىٰ لِوَرَثَةِ فُلَانٍ ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ). وهذا لفظُ القُدورِيِّ ﷺ في «مختصرِه»[3]. وذلكَ لأنَّه لَمَّا وَصَفَهم بورثةِ فُلانٍ؛ دَلَّ ذلكَ علىٰ تفضيلِ البعضِ علىٰ البعضِ كما في الميراثِ، فلمَّا دلَّ علىٰ التفضيلِ كما في الميراثِ؛ كانَ للذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ.

ومَنْ أوْصَىٰ لمَوالِيه وله مَوالٍ أعتَقَهم ومَوالٍ أعتَقُوه؛ فالوصيةُ باطلةٌ، وهذه مِنْ مسائلِ «الجامعِ الكبيرِ»، ذَكَرَها تفريعًا علىٰ مسألةِ القدوريِّ.

قالَ محمَّدٌ ﷺ في «الجامعِ الكبيرِ»: «وإذا أوصَىٰ الرَّجُلُ بثلُثِ مالِه لمواليه، وله مَوالٍ أعتَقَهم ومَوالٍ أعتَقُوه؛ فالوصيةُ باطلةٌ حتَّىٰ يَتبيَّنَ لأيِّ الفريقَيْنِ أوصَىٰ،

---

(١) ينظر: «السير الكبير/مع شرح السرخسي» [١/٣٢٨].

(٢) ينظر: «أسباب النزول» للواحِدِيّ [ص/٩٩].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢٤٤].

وَمَنْ أَوْصَىٰ لِمَوَالِيهِ وَلَهُ مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ وَمَوَالٍ أَعْتَقُوهُ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ.

غاية البيان

ولوْ ماتَ قبلَ البيانِ لَا تُنفَّذُ وصيتُه»[١].

وقالَ الشيخُ أبو المَعينِ النَّسفيُّ ﷺ في «شرحِ الجامعِ»: «هكذا ذَكَر في الكتابِ». وأضافَ القولَ إلىٰ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﷺ.

ثُمَّ قالَ الشيخُ أبو المَعينِ: «وحكَىٰ الشيخُ الإمامُ أبو نَصْرٍ الصَّفارُ[٢] عنِ القاضي أبي الهيثمِ النَّيسابُورِيِّ[٣] ﷺ قالَ: كانَ أبو سَهْلٍ الزُّجَاجيُّ[٤] يَقُولُ: رُوِيَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ الوصيةَ جائزةٌ، وثلُثُ مالِه بينَ الفريقَيْنِ الأعلَىٰ منهم والأسفَلِ».

ثُمَّ قالَ أبو المَعينِ: «ورُوِيَ عنْ أبي يوسفَ ﷺ في «الأمالي» روايتانِ: قالَ في روايةٍ: إنَّ الوصيةَ جائزةٌ للموالي الَّذين أعتَقُوه، ويَكُونُ الثلُثُ لهم، وفي روايةٍ قالَ: يَجُوزُ وتكونُ للمَوالي الَّذين أعتَقَهم المُوصِي.

ورَوَىٰ هشامٌ عنْ محمَّدٍ ﷺ أنَّه قالَ: الوصيةُ باطلةٌ، إلَّا أن يَصْطَلِحَا علىٰ أنَّ الثلُثَ بينهما، فإذا اصطَلَحَا علىٰ ذلكَ جازتِ الوصيةُ، وكانَ الثلُثُ بينَ الفريقَيْنِ».

كذا ذَكرَ الشيخُ أبو المُعِينِ النَّسفِي ﷺ.

وقالَ أبو الحسنِ الكَرخيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «وإذا أوصَىٰ رَجُلٌ لمَوالِيه، وله مَوالٍ أعتَقَهم، ومَوالٍ أعتَقُوهُ، وَلَمْ يُبيِّنْ أيَّ الفريقَيْنِ أرادَ؛ فالوصيةُ باطلةٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﷺ»[٥].

---

(١) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/٢٨٨].

(٢) أبو نصْر الصَّفَّار: هو أحمد بن محمد بن أحمد بن شجاع البخارِيّ. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.

(٣) أبو الْهَيْثَم النَّيْسَابُورِيّ: هو عتبة بن خثيمة بن محمد بن حاتم النيسابورِيّ الإمام القاضي أبو الهيثم المشهور بكُنيته. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.

(٤) أبو سهل الزُّجَاجِيّ: هو صاحب «كتاب الرياض». وتلميذ أبي الحسن الكرخِيّ. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.

(٥) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٦/ داماد].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي بَعْضِ كُتُبِهِ: إِنَّ الْوَصِيَّةَ لَهُمْ جَمِيعًا، وَذَكَرَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ أَنَّهُ يُوقَفُ حَتَّىٰ يُصَالِحُوا.

غاية البيان

وقالَ في «التَّقريبِ»: «وكذلكَ ذكرَه الأنصاريُّ عنْ أبي حَنيفةَ وزُفَرَ ﷺ».

وقالَ في «شرحِ الأقطعِ»: «وقالَ الشَّافعيُّ ﷺ في بعضِ كُتبِه: الوصيةُ لهم جميعًا، وذَكَرَ في موضعٍ آخَرَ: أنَّه يُوقَفُ حتَّىٰ يصْطَلِحُوا»[1].

وجهُ روايةِ أبي سَهْلٍ ﷺ: أنَّ الاسمَ يَتَنَاوَلُ الفريقَيْنِ [٥٤٣/٣و] جميعًا الأعلىٰ والأسفلِ، ويَجُوزُ [٣١٤/٨و/م] أنْ يَكُونَ غَرَضُه زيادةَ النِّعمةِ في حقِّ المولىٰ الأسفلِ، وشكرُ النِّعمةِ في حقِّ المولىٰ الأعلىٰ، ولَا منافاةَ، فيَتناوَلُهما كما إذا أوصَىٰ لإخوتِه، وهم مُتفرِّقونَ لأبٍ وأُمٍّ، ولأبٍ ولأُمٍّ؛ فالوصيةُ لهم جميعًا، ولَا يَكُونُ البعضُ أَولىٰ مِنَ البعضِ؛ لتناوُلِ الاسمِ إيَّاهُم علىٰ السَّواءِ، فكذلكَ هاهنا لِتَناوُلِ الاسمِ علىٰ السَّواءِ.

وجهُ ظاهرِ الرِّوايةِ: أنَّ المولىٰ يُذْكَرُ ويُرَادُ به المُنْعِمُ، وهوَ الَّذي أعتَقَه، ويُرَادُ به المُنْعَمُ عليه، وهوَ المُعتَقُ، واللَّفظُ الواحدُ إذا تناولَ أفرادًا مُختلفةَ الحُدودِ؛ كانَ مُشترَكًا؛ كاسْمِ القُرْءِ، ولَا عُمومَ للمُشْترَكِ في موضعِ الإثباتِ، ولَا ترجيحَ البعضِ علىٰ البعضِ، فبَقِيَ مجهولَ المُرادِ لَا يُدْرَىٰ أنَّ المرادَ أيُّهما.

وليسَ كذلكَ الإخوةُ؛ لأنَّ الاسمَ يَقَعُ علىٰ معنًىٰ واحدًا، وهوَ الانتسابُ إلىٰ أحدِ الأبوَيْنِ، فأمكَنَ حَمْلُ اللَّفظِ علىٰ الجميعِ، وكذلكَ القَرابةُ؛ لأنَّه اسمٌ للقُرْبِ، وذلكَ يَعُمُّ، ولَا يَلْزَمُ علىٰ ما ذكَرْناهُ إذا كانَ له مُعْتَقٌ، ومَوالِي مَوالاةٍ؛ لأنَّ إطلاقَ الاسمِ يَخْتَصُّ بالعَتاقةِ، ومَوْلَىٰ المُوَالاةِ يَتناوَلُه الاسمُ بالتَّقييدِ، فيُقالُ: مَوْلَىٰ مَوالاةٍ، فوَجَبَ حَمْلُ اللَّفظِ علىٰ إطلاقِه.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢ق/٤١٠].

لَهُ أَنَّ الِاسْمَ يَتَنَاوَلُهُمْ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمْ يُسَمَّىٰ مَوْلَىٰ فَصَارَ كَالْإِخْوَةِ. وَلَنَا أَنَّ الْجِهَةَ مُخْتَلِفَةٌ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا يُسَمَّىٰ مَوْلَى النِّعْمَةِ وَالْآخَرُ مُنْعَمٌ عَلَيْهِ فَصَارَ مُشْتَرَكًا

غاية البيان

ولا يُقالُ: إنَّ اسمَ المَولَىٰ يَتناوَلُ المُعتَقَ، والنَّاصرَ، وابنَ العَمِّ، ومع هذا لوْ أوصَىٰ لمَوالِيه وله بَنُو عَمٍّ؛ جازَتِ الوصيَّةُ للمُعتَقِينَ، وذلكَ لأنَّ المَوْلَىٰ إذا أُضِيفَ إلىٰ الإنسانِ اقتَضَىٰ الولاءَ دونَ النُّصرةِ والعُمومةِ، ومِنْ حُكْمِ اللَّفظِ أنْ يُحمَلَ علىٰ إطلاقِهِ، ولَا يَلْزَمُ علىٰ هذا إذا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ مَوالِي فلانٍ أنَّه يُحْمَلُ علىٰ الأعلَىٰ والأسفلِ؛ لأنَّه نَفْيٌ، وللمُشْتَرَكِ[1] عمومٌ في موضعِ النَّفيِ.

وجهُ ما رُوِيَ عنْ أبي يوسفَ ﷺ «أنَّ الوصيةَ جائزةٌ، والثلُثُ للمَولَىٰ الأعلَىٰ»: أنَّ التعارُضَ قدْ تَحقَّقَ، وترجَّحَتْ جَنَبة المُعتِقِ المُنعِمِ علىٰ المُعتَقِ المُنعَمِ عليه؛ لأنَّ الوصيةَ له شُكْرُ النعمةِ، وهوَ واجبٌ، والوصيةُ للمُعتَقِ المُنعَمِ عليه زيادةُ إنعامٍ، وتربيةُ الصنيعةِ، وهذا ليسَ بواجبٍ، بَل هوَ مِن مكارمِ الأخلاقِ، وهوَ مندوبٌ إليه.

ولا خَفاءَ في عُلُوِّ رُتبةِ الواجبِ علىٰ المندوبِ [إليه][2]، وكذا لَا يُظَنُّ بالعاقلِ الاشتغالُ بالمندوبِ إليه، والإعراضُ عنِ الواجبِ لاستحقاقِه اللَّائمةِ والعيبِ[3] علىٰ تَرْكِ الواجبِ دونَ تَرْكِ المندوبِ إليه، فانصرَفَ مُطْلَقُ كلامِه إلىٰ هذا.

ووَجْهُ الرِّوايةِ الَّتي قالَ فيها: «إنَّ الوصيةَ تَصِحُّ، ويُصْرَفُ الثلُثُ إلىٰ الموالي الأَسفَلِينَ»: أنَّ المُتعارَفَ بينَ النَّاسِ أنَّهم يَهتمُّونَ بمُعْتَقِهم، ويَقُومُونَ بمَصالحِه، ويَسْعَوْنَ فيما فيه نِظَامُ أمورِه، وصلاحُ [٣١٤/٨ظ/م] أسبابِ مَعِيشَتِه لَا يُوجَدُ [شيءٌ مِنْ][4] ذلكَ في حقِّ مَنْ أعتَقَهم؛ لكونِ المَولَىٰ الأعلىٰ مُوسِرًا، وكونِ الأسفلِ

(١) في الأصل: «بَقِيَ للمشترك». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٣) في الأصل: «والمعيب». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

فَلَا يَنْتَظِمُهُمَا لَفْظٌ وَاحِدٌ فِي مَوْضِعِ الْإِثْبَاتِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ مَوَالِيَ فُلَانٍ حَيْثُ يَتَنَاوَلُ الْأَعْلَىٰ وَالْأَسْفَلَ لِأَنَّهُ مَقَامُ النَّفْيِ وَلَا تَنَافِي فِيهِ،

غاية البيان

فقيرًا مُعسِرًا في الأعمِّ الأغلبِ، فينْصرِفُ مُطْلَقُ الأمرِ إلىٰ ما هوَ المتعارَفُ؛ إذِ الظاهرُ هوَ خصوصًا حالةُ الموتِ، فإنَّ النَّاسَ يَشْتَغِلُونَ في هذه الحالةِ بما هوَ قُرْبةٌ؛ لِيَكُونَ ذخيرةً لهم في الآخرةِ، ويَتَبادَرُونَ إلىٰ ما فيه فِكَاكُ رقبتِهم، وذلكَ في الإسداءِ إلىٰ الفقيرِ الَّذي خَلَصَ عن ذُلِّ العبوديةِ، ولَا مالَ له يَتعيَّشُ به، ولَا عُدَّةَ إلَّا في الاصطناعِ بمكانِ مَنْ له مِنَ الأموالِ الفاضلةِ عنِ الحاجةِ [٣/٥٤٣ظ] ما صرفَ إلىٰ إعتاقِ عَبْدِه، فكانَ الرَّاجحُ الظَّاهرُ هذا والعملُ به واجبٌ، والمصيرُ إلىٰ إثباتِ التعارُضِ وإلغاءِ التصرُّفِ مع إمكانِ التَّرجيحِ ليسَ بسديدٍ.

وجوابُ هذَيْنِ الكلامَيْنِ: أنَّ كلَّ واحدٍ مِنَ الأمرَيْنِ مقصودٌ، ولَا وقوفَ لأحدٍ مِنَ العِبادِ علىٰ ما في قَلْبِ غيرِه مِنَ المقصودِ والمرادِ، فكانَ الاحتياطُ في التوقُّفِ عندَ التردُّدِ لَا القطعِ علىٰ ما لَا يُتَيقَّنُ تحققُه، والقولُ بحدوثِ المِلْكِ مع الشَّكِّ والتردُّدِ في ثُبوتِ السببِ مُخالِفٌ للأصولِ.

ووجهُ روايةِ هشام ﷺ: أنَّ بُطلانَ الوصيةِ قبلَ الاصطلاحِ لمكانِ الجَهالةِ، إذْ لَا يُدْرَىٰ مَنِ المُسْتَحِقُّ للثلُثِ، فقدْ زالتِ الجهالةُ بالاصطلاحِ؛ لأنَّ بعضَه يَصِلُ إلىٰ المُسْتَحِقِّ، وبعضُه إلىٰ غيرِ المُسْتَحِقِّ برضا المُستَحِقِّ، فتَصِحُّ الوصيةُ، كما لَوْ أقرَّ فقالَ: لأحدِ هذَيْنِ الرجُلَيْنِ علَيَّ ألفُ درهمٍ؛ كانَ الإقرارُ فاسدًا للجَهالةِ.

ثُمَّ إذا اصطَلَحا انقلَبَ الإقرارُ جائزًا لزوالها[1]، فكذا جوابُه: أنَّ الإيصاءَ ابتداءُ تمليكٍ؛ فلَا يَصِحُّ التمليكُ مِنَ المجهولِ، بَل يَلغُو، فلَا يَصِيرُ مِلْكًا لأحدِ الفريقَيْنِ، فبَقِيَ المالُ علىٰ مِلْكِ المُوصِي، وانتَقَلَ بموتِه إلىٰ ورثتِه، فلَا يَكُونُ للمَوالِي عليه

(١) في الأصل: «لزوالهما». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

وَيَدْخُلُ فِي هَذِهِ الْوَصِيَّةِ: مَنْ أَعْتَقَهُ فِي الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ، وَلَا يَدْخُلُ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ]⁽¹⁾ أَوْلَادِهِ؛ لِأَنَّ عِتْقَ هَؤُلَاءِ يَثْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَالْوَصِيَّةُ تُضَافُ إِلَىٰ حَالَةِ الْمَوْتِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِ الِاسْمِ قَبْلَهُ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ لِأَنَّ سَبَبَ الِاسْتِحْقَاقِ لَازِمٌ.

غاية البيان

سبيلٌ، وإنِ اصطلَحُوا بخِلافِ الإقرارِ فإنَّه ليسَ بابتداءِ تمليكٍ، بَلْ هوَ إخبارٌ عنْ كونِه مِلْكًا للمُقَرِّ له، فكانَ مِنْ زَعْمِ المُقِرِّ أنَّه مِلْكُ أحدِهما، وليسَ بمِلْكٍ لي، فإذا اصطلَحُوا كانَ فيه وصولُ الحقِّ إلىٰ المالكِ، وإلىٰ غيرِ المالكِ بإذْنِه، فيُؤْمَرُ بالتَّسليمِ إليهما.

قولُه: (وَيَدْخُلُ فِي هَذِهِ الْوَصِيَّةِ: مَنْ أَعْتَقَهُ فِي الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ، وَلَا يَدْخُلُ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ)، أيْ: يَدْخُلُ فيما إذا أوصَىٰ لمَوالِيه المُعْتَقُ في الصحةِ والمرضِ جميعًا.

قالَ في «الجامعِ الكبيرِ»: «ولا يَدْخُلُ مُدبَّروه وأمهاتُ أولادِه؛ لأنَّهم مَوالِيه بعدَ الموتِ؛ لأنَّهم يَعْتِقونَ بعدَ الموتِ، والوصيةُ تَناوَلَتْ مَنْ كانَ له مَوْلًىٰ عندَ موتِه، ولَا ولاءَ لهم في الحالِ، ولَا وقْتَ الموتِ الَّذي [٣١٥/٨و/م] هوَ أَوَانُ عمَلِ الوصيَّةِ، وإنَّما يَثْبُتُ بعدَ الموتِ، فإنَّه يَثْبُتُ [الموتُ]⁽²⁾، ثُمَّ العتقُ، ثُمَّ الولاءُ، والوصيةُ تَناولَتِ المولَىٰ وقتَ الموتِ»⁽³⁾.

وقالَ الشيخُ أبو المَعِينِ النَّسفيُّ ﷺ في «شرحِ الجامعِ»: «رُوِيَ عنْ أبي يوسفَ ﷺ: أنَّهم يَدْخُلُونَ تحتَ الوصيةِ؛ لأنَّهم مِنْ جُملةِ مَوَالِيه، حيثُ وُجِدَ سببُ استحقاقِ الولاءِ علىٰ اللُّزومِ، وهوَ التَّدبيرُ والاستيلادُ».

---

(١) ما بين المعقوفين ليس بالأصل.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/٢٨٨ ـ ٢٨٩].

وَيَدْخُلُ فِيهِ عَبْدٌ قَالَ لَهُ مَوْلَاهُ: إنْ لَمْ أَضْرِبْكَ فَأَنْتَ حُرٌّ ؛ لأن العتق ثبت قبل الموت عند تحقق عجزه، وَلَوْ كَانَ لَهُ مَوَالٍ، وَأَوْلَادُ المَوَالِي، ومَوَالِي المُوَالَاةِ يَدْخُلُ فِيهَا مُعْتَقُوهُ وَأَوْلَادُهُمْ، دُونَ مَوَالِي الْمُوَالَاةِ.

غاية البيان

قولُه: (وَيَدْخُلُ فِيهِ عَبْدٌ قَالَ لَهُ مَوْلَاهُ: إنْ لَمْ أَضْرِبْكَ فَأَنْتَ حُرٌّ). فماتَ قبلَ أنْ يَضْرِبَه، أيْ: يَدْخُلُ في الإيصاءِ لمَوالِيه.

قالَ في «الجامعِ الكبيرِ»: «ولوْ كانَ قالَ لعبدٍ له: إنْ لَمْ أضرِبْكَ فأنتَ حُرٌّ، فماتَ قبلَ أنْ يَضربَه؛ عَتَقَ قبلَ موتِه، ودَخَلَ في الوصيةِ؛ لأنَّه مِنْ مَواليه؛ لأنَّه يَعتِقُ في آخِرِ جزءٍ منْ أجزاءِ الحياةِ؛ لتحقُّقِ عدمِ الضَّربِ منه في تلكَ الحالةِ، ووُقوعُ اليأسِ منْ حصولِه، فيَصِيرُ مَولًى، ثُمَّ يَتعقَّبُه الموتُ، ثُمَّ تَنفُذُ الوصيةُ، ثُمَّ يَكُونُ مَولًى له وقتَ نُفوذِ الوصيةِ ووُجُوبِها»[1].

قولُه: (وَلَوْ كَانَ لَهُ مَوَالٍ، وَأَوْلَادُ المَوَالِي، ومَوَالِي المُوَالَاةِ يَدْخُلُ فِيهَا مُعْتَقُوهُ وَأَوْلَادُهُمْ، دُونَ مَوَالِي الْمُوَالَاةِ). وهذه [٣/٥٤٤و] مسألةُ «الجامعِ»[2] أيضًا.

قالَ الكرخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «قالَ أبو يوسفَ رحمه الله: ولوْ كانَ المُوصِي منَ العربِ، وله مَوالِي عَتاقة، ومَوالٍ أسلموا على يدَيْه ووَالُوه، فهُمْ في الوصيةِ شركاءُ، وذلكَ لِتناوُلِ الاسمِ إيَّاهم على السَّواءِ.

ثُمَّ إنَّما جازَتْ هذه الوصيةُ؛ لأنَّ المُوصَى له معلومٌ؛ لأنَّ المُوصِي ليسَ له إلا المَوالِي الأسْفَلُونَ، بخِلافِ المسألةِ الأُولى، وإنَّما دخلَتْ أولادُ المَوالِي في الوصيةِ؛ لأنَّهم مَوالِيه أيضًا بطريقِ الحقيقةِ؛ لأنَّ ولاءَ آبائِهم ثَبَتَ بإعتاقِ المُوصِي إيَّاهم، فكانُوا مَوالِيه حقيقةً، وولاءُ أولادِ المَوالِي ثَبَتَ أيضًا بعَيْنِ ذلكَ الإعتاقِ،

(١) ينظر: المصدر السابق [ص/٢٨٩].

(٢) ينظر: المصدر السابق [ص/٢٨٨].

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ أَيْضًا وَالْكُلُّ شُرَكَاءُ لِأَنَّ الِاسْمَ يَتَنَاوَلُهُمْ عَلَىٰ السَّوَاءِ. وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: الْجِهَةُ مُخْتَلِفَةٌ، فِي الْمُعْتَقِ الْإِنْعَامُ، وَفِي الْمَوَالِي عَقْدُ الِالْتِزَامِ وَالْإِعْتَاقُ لَازِمٌ، فكانَ الِاسْمُ لَهُ أَحَقَّ، ....

غاية البيان

لَا بِسببٍ آخَرَ، فكانُوا مَوَالِيه أيضًا حقيقةً، ولهذا لَا يَجُوزُ نَفْيُ ولاءِ أولادِ المَوالِي عنه.

ولَا يَصِحُّ أن يُقالَ: ليسَ هؤلاءِ بمَوالِي لهم، كما لَا يَجُوزُ أنْ يُنْفَىٰ ولاءُ مُعْتَقِه، بخِلافِ ما إذا أوصَىٰ لبنِي فلانٍ، أو لأولادِه، ولفلانٍ بَنُونَ، وأولادُ صُلْبٍ؛ تَكُونُ الوصيةُ لهم دونَ أولادِهم؛ لأنَّهم أولادُه بطريقِ المجازِ، ولهذا يَصِحُّ النفْيُ بأنْ يُقالَ: ليسَ هؤلاءِ وَلَدَه، وإنَّما هؤلاءِ وَلَدُ ولدِه»(١).

وقالَ الْعَتَّابِيُّ في «شرحِ الجامعِ الكبيرِ» ﷺ: «ولوْ كانَ له مَوالٍ أعتقَهم، ومَوالي المُوالاةِ؛ فالقِياسُ هُوَ الاستواءُ؛ لأنَّه باشَرَ سببَ ولاءِ الكُلِّ، وفي الاستحسانِ: مَوالي [٨/٣١٥ظ/م] العَتاقةِ أَولىٰ؛ لأنَّه أقوىٰ».

ثُمَّ قالَ: وحُكِيَ عنْ أبي الحسنِ الكرخيِّ ﷺ: أنَّ الوصيةَ باطلةٌ؛ لأنَّ الاسمَ يَتناوَلُ كُلَّ فريقٍ بطريقِ الحقيقةِ، فلَا يَصِحُّ لمكانِ الجَهالةِ».

قولُه: (وَالْإِعْتَاقُ لَازِمٌ، فكانَ الِاسْمُ لَهُ أَحَقَّ).

هذا جوابُ إشكالٍ مُقدَّرٍ بأنْ يُقالَ: لَمَّا كانَ الجهةُ مختلفةً في المُعْتَقين، وموالي المولاة في أحدِهما الإنعامُ، وفي الآخَرِ عَقْدُ الالتزام؛ كانَ ينبغي أنْ تَبْطُلَ الوصيةُ، فأجابَ عنه بذلكَ.

يَعْنِي: إنَّما تَبْطُلُ الوصيةُ إذا لَمْ يُوجَدِ الترجيحُ [لإحدىٰ الجهتَيْنِ](٢)، وقدْ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٦/ داماد].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

ولا يَدْخلُ فِيهِمْ مَوالِي الْمَوالِي لِأَنَّهُمْ مَوالِي غَيْرِهِ حَقِيقَةً، بِخِلَافِ مَوَالِيهِ وَأَوْلَادِهِمْ لِأَنَّهُمْ يُنْسَبُونَ إِلَيْهِ بِإِعْتَاقٍ وُجِدَ مِنْهُ، وبخلاف ما إذا لَمْ يكُنْ له مَوالِي، وَلا أَوْلَادُ الْمَوالِي؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَهُمْ مَجَازٌ فَيُصْرَفُ إِلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ اعْتِبَارِ الْحَقِيقَةِ.

وَلَوْ كَانَ لَهُ مُعْتَقٌ وَاحِدٌ، وَمَوالِي المَوالِي؛ فَالنِّصْفُ لِمُعْتَقِهِ وَالْبَاقِي لِلْوَرَثَةِ لِتَعَذُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ، ....

غاية البيان

وُجِدَ؛ لأنَّ الإعتاقَ لازِمٌ لَا يَحْتَمِلُ الفسخَ، وولاءُ المُوالاةِ يَحْتَمِلُ الفسخَ، فكانَ اسمُ المَولَىٰ للمُعتقِ أحقَّ مِنْ مَوالي المُوالاةِ.

قولُه: (وَلَا يَدْخُلُ فِيهِمْ مَوَالِي الْمَوَالِي)، أيْ: لَا يَدْخُلُ مَوالي المَوالي في الوصيةِ للمَوالي؛ لأنَّ مَواليَ المَوالي ليسُوا بمَوالي المُوصِي حقيقةً؛ لأنَّ مَولاه حقيقةً هوَ الَّذي باشَرَ عِتْقَه، وإنَّما أُضِيفوا إليه بطريقِ التَّسبيبِ مجازًا؛ لأنَّه باشَرَ سببَ ما هوَ سببُ ولائِهم، وهوَ إعتاقُه للموالي الأوَّلين، ولهذا يَصِحُّ نفْيُ الاسمِ عنهم بأنْ يُقالَ: هؤلاءِ ليسُوا بمَواليه، وإنَّما هُمْ مَوالي مَواليه، واللَّفظُ إذا عَمِلَ بحقيقتِه لَا يَنصرِفُ إلىٰ المَجازِ.

قولُه: (وَبِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَوالِي، وَلَا أَوْلَادُ الْمَوَالِي)، يَعْنِي: إذا لَمْ يَكُنْ للمُوصي مَوالي أعتَقَهم، ولَا أولادُهم؛ تَكُونُ الوصيةُ لمَوالي المَوالي، وذلكَ لأنَّه لَمَّا تَعذَّرَ العملُ بحقيقةِ اللَّفظِ؛ عُمِلَ بمَجازِه صيانةً عنِ الإلغاءِ، كما إذا أوصَىٰ لبني فُلانٍ؛ لَا يَنصرِفُ إلىٰ بنِي بَنِيه حالَ وجودِ بَنِيه، ويَنْصَرِفُ إليهم حالَ عَدَمِهم فكذا هاهنا.

قولُه: (وَلَوْ كَانَ لَهُ مُعْتَقٌ وَاحِدٌ، وَمَوالِي المَوَالِي؛ فَالنِّصْفُ [٥٤٤/٣ظ] لِمُعْتَقِهِ وَالْبَاقِي لِلْوَرَثَةِ).

وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالِي أَعْتَقَهُمْ أَبُوهُ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا بِمَوَالِيهِ لَا حَقِيقَةً وَلَا مَجَازًا، وَإِنَّمَا يُحْرِزُ مِيرَاثُهُمْ بِالْعُصُوبَةِ، ....

غاية البيان

قالَ العِتَّابيُّ رحمه الله في «شرحِ الجامعِ»: «فإنْ كانَ مِن مَواليه، أوْ مِنْ أولادِهم اثنانِ؛ استحَقَّا جميعَ الثلُثِ؛ [لأنَّ الاثنَيْنِ جمْعٌ في بابِ الوصيةِ، كما في الميراثِ، وإنْ كانَ واحدًا فله نِصفُ الثلُثِ][1] لأنَّه نصفُ أدنَىٰ الجمعِ، والنصفُ الآخَرُ يُصْرَفُ إلىٰ ورثةِ المُوصِي، لَا إلىٰ مَوالي المَوالي[2]؛ لتعذُّرِ الجمعِ بينَ الحقيقةِ والمجازِ، فإنْ لَمْ يكنْ أحدٌ مِنَ المَوالي، ولَا مِنْ أولادِهم؛ فحينئذٍ يُصْرَفُ إلىٰ مَوالي المَوالي».

قولُه: (وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالِي قَدْ أَعْتَقَهُمُ ابْنُهُ).

قالَ في «الجامعِ الكبيرِ»: «ولوْ أنَّ رَجُلًا أوصَىٰ بثلُثِ مالِه لمَواليه، وليسَ له مَوَالِي أعتَقَهم، ولَا مَوَالِي مَواليه، وإنَّما له مَوْلَىٰ أبيه، أو مَوْلَىٰ ابنِه؛ لَا يَكُونُ له منَ الوصيةِ شيءٌ، وذلكَ لأنَّ مَوَالِي الأبِ، أو الابنِ لَا يُنْسَبُونَ إليه [٣١٦/٨و/م]، لَا بطريقِ الحقيقةِ، ولَا بطريقِ المَجازِ؛ لأنَّه لَمْ يُباشِرْ ولاءَهم، ولَا سَبَّبَ لذلكَ، فإنَّه لَمْ يُعْتِقْ مَنْ أعتَقَهم، فلَمْ يَكُونُوا مَوَالِي له لَا حقيقةً، ولَا مجازًا، فَلَمْ يَدْخُلوا تحتَ اللَّفظِ، وإنَّما قامَ الرَّجُلُ مقامَ الأبِ، أو الابنِ في ولائِهم بطريقِ التَّعصِيبِ، لَا باعتبارِ أنَّه أعتَقَهم»[3].

قالَ الشيخُ أبو المَعِينِ النَّسفيُّ رحمه الله في «شرحِ الجامعِ»: «إلَّا أنْ يَنُصَّ علىٰ ذلكَ في الوصيةِ فتَصِحُّ؛ لأنَّه لَمَّا نَصَّ عليه فقدْ سَمَّاهُ باسمِه الخاصِّ، فتَنصَرِفُ الوصيةُ إليه باسمِه، لَا باسمِ المَوْلَىٰ».

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٢) في الأصل: «الموالاة». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٣) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/٢٨٨].

بِخِلَافِ مُعْتَقِ الْبَعْضِ؛ لِأَنَّهُ يُنْسَبُ إِلَيْهِ بِالْوَلَاءِ، وبالله التوفيق.

غاية البيان

قولُه: (بِخِلَافِ مُعْتَقِ الْبَعْضِ)، يَرتَبِطُ بقولِه: (وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالِي قَدْ أَعْتَقَهُمُ ابْنُهُ)، يَعْنِي: أنَّ مُعْتَقَ البعضِ يَدْخُلُ تحتَ الوصيةِ للموالي؛ لأنَّه مَوْلاه حقيقةً، بِخلافِ مَوَالِي الابنِ؛ لأنَّهم ليسُوا مواليه أصلًا، ولكنْ يَنْبَغِي أنْ يَكُونَ هذا على مذهبِهما؛ لأنَّ مُعتَقَ البعضِ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه كالمُكاتَبِ، والمُكاتَبُ لَا يَدْخُلُ تحتَ الوصيةِ للمولى، فكذا مُعتَقُ البعضِ، فمَنْ هذا غَيَّرَ بعضُهم لَفْظَ الكِتابِ، وقال: «بِخِلَافِ مُعْتَقِ الْمُعْتَقِ».

يَعْنِي: أنَّ مُعْتَقَ المُعتَقِ يَدْخُلُ تحتَ الوصيةِ للموالي إذا لَمْ يَكُنِ المَوالي، ولَا أولادَهم؛ لأنَّ ولاءَ مُعتَقِ المُعتَقِ يُنْسَبُ إلى المُوصِي مجازًا، بِخلافِ مُعْتَقِ الابنِ، فإنَّه لَا يُنْسَبُ إليه لَا حقيقةً، ولَا مجازًا.

واللهُ أعلمُ.

بَابُ
الْوَصِيَّةِ بِالسُّكْنَى وَالْخِدْمَةِ وَالثَّمَرَةِ

قَالَ: وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ، وَسُكْنَى دَارِهِ سِنِينَ مَعْلُومَةً، وَتَجُوزُ بِذَلِكَ [٢٩٢/ظ] أَبَدًا؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ يَصِحُّ تَمْلِيكُهَا فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ بِبَدَلٍ وَغَيْرِ بَدَلٍ، فَكَذَا بَعْدَ الْمَمَاتِ لِحَاجَتِهِ كَمَا فِي الْأَعْيَانِ، وَيَكُونُ مَحْبُوسًا عَلَى مِلْكِهِ فِي حَقِّ الْمَنْفَعَةِ حَتَّى يَتَمَلَّكَهَا الْمُوصَى لَهُ عَلَى مِلْكِهِ كَمَا يَسْتَوْفِي الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ مَنَافِعَ

غاية البيان

بَابُ
الْوَصِيَّةِ بِالسُّكْنَى وَالْخِدْمَةِ وَالثَّمَرَةِ

لمَّا فرغَ عنْ بيانِ أحكامِ الوَصَايَا الَّتِي تَتعلَّقُ بالأعيانِ: شَرعَ في بيانِ أحكامِ الوَصَايَا الَّتِي تَتعلَّقُ بالمنافعِ، وهيَ الأعراضُ، وأخَّرهَا عنِ الأعيانِ؛ لأنَّ الأعيانَ هيَ الأصلُ؛ لكونِ العَيْنِ قائمةً بذاتِهَا دونَ العَرَضِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ، وَسُكْنَى دَارِهِ سِنِينَ مَعْلُومَةً، وَتَجُوزُ بِذَلِكَ أَبَدًا)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مُخْتَصَرِهِ»[1].

وقالَ الحاكمُ الشهيدُ ﵀ في «مُخْتَصَرِ الكافِي»: «والوَصِيَّةُ بخِدمةِ العبدِ، أوْ غَلَّتِهِ، أوْ سُكنَى الدارِ، أوْ غَلَّتِهَا؛ تجوزُ عندنَا، وعلَى قولِ ابْنِ أبي لَيْلَى ﵀: لا يجوزُ شيءٌ مِنْ ذلكَ مُؤَقَّتًا، ولا غيرَ مُؤقَّتٍ»[2].

وَجْهُ قَوْلِهِ: أنَّ المُوصَى لهُ يَملِكُ الوَصِيَّةَ بإيجابِ المُوصِي، ولا مِلْكَ للمُوصِي فيمَا يَحدُثُ بعدَ موتِهِ منَ الخِدمةِ والغَلَّةِ، فلا تَصِحُّ وصيتُهُ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢٤٤].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٤٣].

الْوَقْفِ عَلَىٰ حُكْمِ مِلْكِ الْوَاقِفِ، وَتَجُوزُ مُؤَقَّتًا وَمُؤَبَّدًا كَمَا فِي الْعَارِيَّةِ فَإِنَّهَا تَمْلِيكٌ عَلَىٰ أَصْلِنَا، بِخِلَافِ الْمِيرَاثِ لِأَنَّهُ خِلَافَةٌ فِيمَا يَتَمَلَّكُهُ الْمُوَرِّثُ وَذَلِكَ فِي عَيْنٍ تَبْقَىٰ وَالْمَنْفَعَةُ عَرَضٌ لَا يَبْقَىٰ، وَكَذَا الْوَصِيَّةُ بِغَلَّةِ الْعَبْدِ وَالدَّارِ لِأَنَّهُ بَدَلُ الْمَنْفَعَةِ فَأَخَذَ حُكْمَهَا وَالْمَعْنَىٰ يَشْمَلُهُمَا.

غاية البيان

أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ أعارَ في حالِ الحياةِ أَوْ آجَرَهُ، ثمَّ ماتَ قبلَ مُضِيِّ المُدَّةِ؛ بَطَلَتِ العَارِيَّةُ والإِجَارَةُ [٣/٥٤٥و]، فالذِي لمْ يَصِحَّ في حالِ الحياةِ أَوْلَىٰ أَلَّا يجوزَ بعدَ الموتِ.

ولنَا: أنَّ المنافعَ يَصِحُّ تمليكُهَا في حالِ الحياةِ [٨/٣١٦ظ/م] ببدلٍ وبغيرِ بدلٍ دَفْعًا للحاجةِ، فكذَا يَصِحُّ تمليكُهَا بعدَ الموتِ للحاجةِ؛ لأنَّ الموتَ لا يُنافِي الحاجةَ، بلْ يُحقِّقُهَا، فيكونُ العينُ باقيًا على مِلْكِهِ، موقوفًا على حاجتِهِ، مشغولًا بتصرُّفِهِ في الثلُثِ، فتَحدُثُ المَنْفَعَةُ إِذَنْ على مِلْكِهِ، لا على مِلْكِ الوَرَثَةِ، فيجوزُ الوَصِيَّةُ بها؛ لأنَّهُ أوصَىٰ بما يَملِكُهُ، لا بما لا يَملِكُهُ؛ ولهذا كانَ لهُ مَنْعُ الرَّقبةِ عنِ الوَرَثَةِ إذا كانَ يَخرُجُ مِنَ الثلُثِ، فكذا لهُ أنْ يَمْنَعَ المَنْفَعَةَ عنهُمْ أيضًا، ولأنَّ هذِهِ وصيَّةٌ لها نظيرٌ مِنَ العُقُودِ؛ لأنَّهُ لوْ أعارَهُ أوْ آجَرَهُ في حالِ الحياةِ؛ جازَ بالاتِّفاقِ، فكذلكَ إذا أوصَىٰ بعدَ الوفاةِ؛ لأنَّ العقودَ بعدَ الوفاةِ أيسرُ مِنَ العقدِ في حالِ الحياةِ.

أَلَا تَرَىٰ أنَّ الوَصِيَّةَ لا يُبطِلُهَا الجَهالةُ، ويجوزُ في مالٍ لمْ يُكتَسَبْ بعْدُ، فثَبَتَ أنَّ حالَ الوَصِيَّةِ بعدَ الوفاةِ أيسرُ مِنْ حالِ الحياةِ، فلمَّا جازَ أنْ يَجْعَلَ الخِدمةَ لغيرِهِ في حالِ الحياةِ؛ فبَعْدَ الوفاةِ أوْلَىٰ، فإذا جازَتِ[1] الوَصِيَّةُ بالمنافعِ؛ جازتْ مُؤقَّتةً ومُؤبَّدةً كَالعَارِيَّةِ، فإنَّهَا تمليكُ المَنْفَعَةِ على أصلِنا خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ ﵁، فإنَّهَا عندَهُ إباحةُ المنافعِ[2].

---

(١) وقع بالأصل: «فجازة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٢٧٩]، و«المهذب» للشيرازي [٢/١٩٠]،=

فَإِنْ خَرَجَتْ رَقَبَةُ الْعَبْدِ مِنَ الثُّلُثِ؛ يُسَلَّمُ إِلَيْهِ لِيَخْدُمَهُ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمُوصَىٰ لَهُ فِي الثُّلُثِ لَا يُزَاحِمُهُ الْوَرَثَةُ (وَإِنْ كَانَ لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ خَدَمَ الْوَرَثَةَ يَوْمَيْنِ

غاية البيان

والوَصِيَّةُ تُخالِفُ الميراثَ؛ حيثُ لا يَجْرِي الميراثُ في المَنْفَعَةِ، وهيَ الخِدْمَةُ دونَ الرَّقبةِ؛ لأنَّ الوِرَاثةَ خِلافةٌ، وتفسيرُهَا: أنْ يَقومَ الوارثُ مقامَ المَوْرُوثِ فيمَا كانَ مِلْكًا للمَوْرُوثِ، وهذا لا يُتصوَّرُ إلَّا فيما يَبقَىٰ وقتَيْنِ، والمَنْفَعَةُ عَرَضٌ لا تَبقَىٰ وقتَيْنِ، فأمَّا الوَصِيَّةُ، فهيَ إيجابُ مِلْكٍ بالعَقْدِ بمنزلةِ الإِجارَةِ والإِعَارَةِ.

ثمَّ لمَّا جازَتِ الوَصِيَّةُ بالمَنْفَعَةِ؛ جازَتِ الوَصِيَّةُ بالغَلَّةِ أيضًا؛ لأنَّها بَدَلُ المَنْفَعَةِ، فأخَذَ البدلُ حُكْمَ المَنْفَعَةِ في الجوازِ؛ لأنَّ المعْنَىٰ ـ وهُوَ الحاجةُ ـ يَشمَلُ المَنْفَعَةَ والغَلَّةَ جميعًا.

والجوابُ عنْ قولِ ابنِ أبي لَيْلَىٰ رحمه الله فنقولُ: لا نُسلِّمُ أنَّهُ لا مِلْكَ لِلْمُوصِي فيما يَحدُثُ بعدَ الموتِ، بلْ مِلْكُهُ باقٍ فيه بقَدْرِ ما يَدفَعُ حاجتَهُ.

ولا نُسلِّمُ أنَّ الوَرَثَةَ مَلَكوا العينَ مُطلَقًا، بلْ مَلَكُوها مشغولةً بالخِدمةِ، ألَا تَرىٰ أنَّهُ لوْ جَعَلَ الرَّقبةَ للمُوصَىٰ لهُ وهيَ تَخرُجُ مِنَ الثلُثِ؛ جازَ ولمْ يَرثُوها، فكذا إذا جَعلَ المَنْفَعَةَ للمُوصَىٰ لهُ؛ جازَ ولمْ يَرثُوهَا، وإنَّما وَرِثُوا عبدًا مشغولًا بالخِدمةِ، وليسَ الوَصِيَّةُ كَالإِعَارَةِ والإجارةِ في حالةِ الحياةِ؛ حيثُ تَبطُلانِ بالموتِ، ألَا ترَىٰ أنَّ الوَكِيلَ يَبطُلُ وكالتُهُ بموتِ المُوكِّلِ، ولوْ جَعلَهُ وكيلًا بعدَ وفاتِهِ جازَتْ ويَصيرُ وصيًّا.

قَوْلُهُ: (قَالَ: فَإِنْ خَرَجَتْ رَقَبَةُ الْعَبْدِ مِنَ الثُّلُثِ؛ يُسَلَّمُ إِلَيْهِ لِيَخْدُمَهُ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مُخْتَصَرِهِ»، وتمامُهُ فيه: «وإنْ كانَ لَا مالَ [٨/٣١٧و/م] لهُ غيرُهُ خَدَمَ الوَرَثَةَ يومَيْنِ، والمَوصَىٰ لهُ يومًا»[1]. وهذَا إذَا أَوْصَىٰ بخدمةِ العبدِ مُؤبَّدًا.

= و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّمِيري [٥/١٣٩].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢٤٤].

وَالْمُوصَىٰ لَهُ يَوْمًا) لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الثُّلُثِ وَحَقَّهُمْ فِي الثُّلُثَيْنِ كَمَا فِي الْوَصِيَّةِ فِي الْعَيْنِ وَلَا تُمْكِنُ قِسْمَةُ الْعَبْدِ أَجْزَاءً لِأَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ فَصِرْنَا إِلَى الْمُهَايَأَةِ إِيفَاءً

غاية البيان

فأمَّا إذا أوصَىٰ بخدمتِهِ مُؤقَّتًا مِثْلَ مَا إذا أوْصَىٰ بخدمةِ عبْدِهِ سنَةً مثلًا ؛ يَخدِمُ الوَرَثَةَ يومَيْنِ والمُوصَىٰ لهُ يومًا إلىٰ ثلاثِ سنينَ ؛ لأنَّ العبدَ لمَّا لمْ يَخرُجْ مِنَ الثلُثِ، حيثُ لمْ يَملِكْ مالًا غيرَهُ ؛ لا يجوزُ أنْ تَنفُذَ الوَصِيَّةُ في جميعِ المالِ، ولا سبيلَ إلىٰ قِسمْةِ العبدِ ذاتًا ؛ لأنَّ قسمتَهُ أجزاءً لا يَتأتَّىٰ [٣/٥٤٥ظ]، فلا بُدَّ مِنَ المُهايَأةِ في الخِدْمَةِ، أيْ: المُناوبةُ فيهَا مِنْ حيثُ الزمانُ، فيَخدِمُ الوَرَثَةَ، والمُوصَىٰ لهُ أثلاثًا ؛ لأنَّ المُوصَىٰ لهُ شريكُ الوارثِ، فلا يَسْلَمُ لهُ شيءٌ إلَّا ويَسْلَمُ للوَرَثَةِ مِثْلاهُ، فيَخدِمُ كذلكَ إلىٰ أنْ يَمضِيَ ثلاثُ سنينَ، فإذا مَضَتْ ثلاثُ سنينَ ؛ فقدْ سَلِمَتْ لهُ خِدْمَةُ سنةٍ واحدةٍ، وهذا بخلافِ مَا إذا أوصَىٰ بسُكنَىٰ دارِه سنَةً ولا مالَ لهُ غيرُهَا[1]، فإنَّهُ يَسكُنُ ثلثَها سنَةً، ويَسْكُنُ الوَرَثَةُ الثلُثَيْنِ ؛ لأنَّ الدارَ يُمكِنُ قِسْمتُهَا بالأجزاءِ.

وهذا النوعُ مِنَ القسمةِ أقرَبُ إلىٰ المُعادَلةِ ؛ لأنَّهُ يَحصُلُ التَّسوِيةُ بينَ الوَرَثَةِ والمُوصَىٰ لهُ زمانًا وذاتًا، وفي المُهايأةِ يَلزَمُ تقدُّمُ أحدِهِمَا علىٰ الآخرِ زمانًا، فلا يُصارُ إليهَا إلَّا عندَ تعذُّرِ القِسْمَةِ بالأجزاءِ، ولكنْ معَ هذا لوْ تَهايَئُوا علىٰ القسمةِ مِنْ حيثُ الزمانُ جازَ أيضًا ؛ لأنَّ المعادلةَ في الزمانِ حقُّهُمْ، فإذا أسقطوهَا جازَ.

وبخِلافِ ما إذا أوصَىٰ بغَلَّةِ عبدٍ سَنَةً، وليسَ لهُ مالٌ غيرُهُ ؛ كانَ لهُ ثلُثُ غَلَّةِ تلكَ السَّنةِ ؛ لأنَّ الغَلَّةَ عَيْنُ مالٍ يَحتمِلُ القسمةَ، فإنَّما تَنفُذُ الوَصِيَّةُ في مقدارِ الثلُثِ مِنَ الغَلَّةِ في سنَةٍ واحدةٍ بخِلافِ الخِدْمَةِ، فإنَّها لا تَحتمِلُ القسمةَ بالأجزاءِ ؛ لأنَّها تَحدُثُ وقتًا بعدَ وَقْتٍ، ولا تجْتَمِعُ في وَقْتٍ واحدٍ، فللمُوصَىٰ لهُ أنْ يستوفِيَ الخِدمةَ بطريقِ المُهايأةِ إلىٰ أنْ يكونَ ما يَستوفِيهِ خِدْمَةَ سَنةٍ كاملةٍ، وكذلكَ إنْ أوصَىٰ لهُ بغَلَّةِ دارِهِ، فهذا وغَلَّةُ العبدِ سواءٌ ؛ لأنَّ الغَلَّةَ في الموضعَيْنِ جميعًا تَحتمِلُ

(١) وقع بالأصل: «غيرُه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

لِلْحَقَّيْنِ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ بِسُكْنَىٰ الدَّارِ إِذَا كَانَتْ لَا تَخْرُجُ مِنْ الثُّلُثِ حَيْثُ تُقَسَّمُ عَيْنُ الدَّارِ ثَلَاثًا لِلِانْتِفَاعِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ الْقِسْمَةُ بِالْأَجْزَاءِ وَهُوَ أَعْدَلُ لِلتَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا زَمَانًا وَذَاتًا، وَفِي الْمُهَايَأَةِ تَقْدِيمُ أَحَدِهِمَا زَمَانًا.

غاية البيان

القِسمةَ، فلا يَسْلَمُ للمُوصَىٰ لهُ إلَّا ثلُثُ الغَلَّةِ في سَنةٍ واحدةٍ.

وأوردَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ السَّمرقَندِيُّ رحمه الله في كتابِ «**نُكَتُ الوَصَايَا**» سؤالًا وجوابًا، فقالَ: «فإنْ قيلَ: إذا مَضَتْ سَنَةٌ واحدةٌ؛ لِمَ لا يُقالُ: إنَّ وصيتَهُ سَلِمتْ وانقضَتْ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ في ثلُثِ العبدِ جائزةٌ، وفي الثلثَيْنِ[1] لا يجوزُ، فإذا خَدَمَ لهُ العبدُ كُلُّهُ في ثلُثِ السَّنَةِ؛ فقدْ سَلِمَ لهُ خِدْمَةُ ثلُثِ [٨/٣١٧ظ/م] العبدِ سَنَةً كاملةً، كما أنَّهُ إذا أوْصَىٰ لهُ بغَلَّةِ العبدِ لا يكونُ لهُ إلَّا غَلَّةُ ثلُثِ السَّنةِ، فيُستَغَلُّ[2] العبدُ سَنةً، فيكونُ ثلُثُ ذلكَ للمُوصَىٰ لهُ، وليسَ لهُ غيرُ ذلكَ، فَلِمَ لا تكونُ الخِدمةُ هكذا؟

فالجوابُ: أنْ يُقالَ: إنَّ هاهنا يَحتاجُ إلىٰ المُهايَأةِ، ففي اليومِ الَّذِي يَخدِمُ المُوصَىٰ لهُ يكونُ ثلُثَا العبدِ عندَهُ علىٰ سبيلِ العَارِيَّةِ؛ لأنَّهُ لوْ لمْ يُجْعَلْ عاريةً لصارَ شَبيهًا بالشِّغَارِ؛ لأنَّهُ يَستخدِمُ الثلُثَيْنِ علىٰ أنْ يَستخدِمَ الوَرَثَةُ نصيبَهُ، وهذَا لا يجوزُ، فإذا كانَ يُؤدِّي إلىٰ هذا يكونُ ثلُثَا العبدِ في اليومِ الَّذِي يَخدِمُهُ علىٰ وَجْهِ العَارِيَّةِ، والثلُثُ عندَ الوَرَثَةِ في اليومَيْنِ عَارِيَّةٌ أيضًا، فإذا كانَ هكذا؛ ففي ثلاثِ سنينَ لمْ يَستخدِمْ إلَّا ثلُثَ العبدِ، فإذا استَخدَمَ تَمامَ السَّنَةِ؛ فقدِ استَخدَمَ ثلُثَ العبدِ بالوَصِيَّةِ، والثلُثَيْنِ علىٰ وَجْهِ العَارِيَّةِ».

قالَ في «**شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ**» رحمه الله: «ولوْ أنَّ رجلًا أوصَىٰ بخدمةِ عَبْدِهِ لفُلانٍ سَنَةً، فإنَّهُ يُنظَرُ: إنْ كانَ العبدُ يَخرُجُ مِنَ الثلُثِ؛ فإنَّهُ يَخدِمُ المُوصَىٰ لهُ سَنَةً كاملةً، وبعْدَ ذلكَ يكونُ للوَرَثَةِ، وإنْ كانَ العبدُ لا يَخرُجُ مِنَ الثلُثِ؛ يَخدِمُ لهُ يومًا [٣/٥٤٦و]

(١) وقع بالأصل: «المثلين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٢) وقع بالأصل: «فيستعمل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

ولو قسموا الدَّارَ مُهَايَأَةً مِنْ حَيْثُ الزَّمَانُ تَجُوزُ أَيْضًا لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ إلَّا أَنَّ الْأَوَّلَ وَهُوَ الْأَعْدَلُ أَوْلَى، وَلَيْسَ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يَبِيعُوا مَا فِي أَيْدِيهِمْ مِنْ ثُلُثَيِ الدَّارِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ لَهُمْ ذَلِكَ لِأَنَّهُ خَالِصُ مِلْكِهِمْ. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ حَقَّ

۞ غاية البيان ۞

ولِلوَرَثَةِ يومَيْنِ، فيَستوفي المُوصَى لهُ خِدْمَةَ السَّنةِ في ثلاثِ سِنينَ.

ولوْ أوصَى بخدمةِ عَبْدِهِ سَنةً مُعَيَّنَةً، أوْ شَهْرًا مُعيَّنًا، شَوَّالًا أوْ ذا القَعْدةِ، فإنْ كانَ يَخرُجُ مِنَ الثلُثِ خَدَمَهُ ذلكَ الشَّهرَ أوْ تلكَ السَّنةَ، وإنْ كانَ لا يَخرُجُ مِنَ الثلُثِ يَخدِمُ الوَرَثَةَ يومَيْنِ وللمُوصَى لهُ يومًا، فإذا مَضَى [هذا][1] الشَّهرُ على هذا؛ يَحصُلُ لهُ الخِدْمَةُ ثلُثَ الشَّهرِ أوْ ثلُثَ السَّنةِ، وبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ بعدَ ذلكَ؛ لأنَّ وصيتَهُ في ذلكَ الشهرِ لا غيْرُ».

قَوْلُهُ: (إلَّا أَنَّ الْأَوَّلَ)، وهو قِسْمةُ الدارِ بالأجزاءِ.

قَوْلُهُ: (وَلَيْسَ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يَبِيعُوا مَا فِي أَيْدِيهِمْ مِنْ ثُلُثَيِ الدَّارِ).

قالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ ۞ في «شرحِ الكافي»: «ليسَ للوَرَثَةِ أنْ يَبِيعوا مَا في أيديهِمْ مِنْ ثلُثَيِ[2] الدارِ، إلَّا في روايةٍ عنْ أبي يوسفَ ۞، هوَ يقولُ: إنَّ ذلكَ حَقُّهُمْ على الخُلوصِ، فيَنفُذُ بَيْعُهُمْ فيهِ.

ولكنَّا نقولُ: حَقُّ المُوصَى لهُ بالسُّكنَى ثابِتٌ في سُكْنَى جميعِهَا؛ بدليلِ أنَّهُ لوْ ظَهَرَ للميِّتِ مالٌ آخَرُ يَخرُجُ الدارُ مِنْ ثلُثِهِ؛ كانَ هو أحقَّ بسُكْنَى جميعِهَا، ولوْ خَرِبَ ما في يدِهِ مِنَ الدارِ؛ كانَ لهُ أنْ يُزاحِمَ الوَرَثَةَ فيما في أيديهِمْ، وفي البيعِ إبطالُ حقِّهِ، فكانُوا مَمنُوعِينَ مِنْ ذلكَ»[3].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) وقع بالأصل: «ثلث». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر»، وهو الموافق لِمَا وقع في: «المبسوط».

(٣) ينظر: «المبسوط» للسرخسيّ [١٨٢/٢٧].

الْمُوصَىٰ لَهُ ثَابِتٌ فِي سُكْنَىٰ جَمِيعِ الدَّارِ بِأَنْ ظَهَرَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ آخَرُ وَتَخْرُجُ الدَّارُ مِنَ الثُّلُثِ، وَكَذَا لَهُ حَقُّ الْمُزَاحَمَةِ فِيمَا فِي أَيْدِيهِمْ إِذَا خَرِبَت فِي يَدِهِ. وَالْبَيْعُ يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ ذَلِكَ فَمَنَعُوا عَنْهُ.

وَإِنْ كَانَ مَاتَ الْمُوصَىٰ لَهُ؛ عَادَ إِلَىٰ الْوَرَثَةِ؛ لِأَنَّ الْمُوصِيَ أَوْجَبَ الْحَقَّ لِلْمُوصَىٰ لَهُ لِيَسْتَوْفِيَ الْمَنَافِعَ عَلَىٰ حُكْمِ مِلْكِهِ، فَلَوْ انْتَقَلَ إِلَىٰ وَارِثِ الْمُوصَىٰ لَهُ اسْتَحَقَّهَا ابْتِدَاءً مِنْ مِلْكِ الْمُوصِي مِنْ غَيْرِ مَرْضَاتِهِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ.

وَلَوْ مَاتَ الْمُوصَىٰ لَهُ فِي حَالِ حَيَاةِ الْمُوصِي؛ بَطَلَتِ الوَصِيَّة؛ لِأَنَّ إِيجَابَهَا

غاية البيان

قَوْلُهُ: (قَالَ: فَإِنْ كَانَ مَاتَ الْمُوصَىٰ لَهُ؛ عَادَ إِلَىٰ الْوَرَثَةِ)، أيْ [٣١٨/٨و/م]: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مُخْتَصَرِهِ»[1]، أيْ: إنْ ماتَ المُوصَىٰ لهُ بعدَ موتِ المُوصِي؛ عادَ المُوصَىٰ بهِ ـ وهو خِدْمَةُ العبدِ وغلتُهُ وسُكنَىٰ الدَّارِ، وغَلَّتُها ـ إلىٰ ورثةِ المُوصِي، لا إلىٰ ورثةِ المُوصَىٰ لهُ؛ لأنَّ المُوصِيَ أوجَبَ الحَقَّ للمُوصَىٰ لهُ؛ ليَستوفِيَ المنافعَ منَ الخِدْمَةِ، والسُّكنَىٰ، والغَلَّةِ علىٰ حُكمِ مِلْكِ المُوصِي، فلوِ انتقَلتْ إلىٰ ورثةِ المُوصَىٰ لهُ؛ استحَقَّهَا الوارثُ ابتداءً مِنْ مِلْكِ المُوصِي بلا رِضاهُ، ولمْ يُوصِ لوارثِ المُوصَىٰ لهُ بشيءٍ منْ ذلكَ، فلا يجوزُ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ مَاتَ الْمُوصَىٰ لَهُ فِي حَالِ حَيَاةِ الْمُوصِي؛ بَطَلَتِ الوَصِيَّة). وهذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مُخْتَصَرِهِ»[2].

وذلكَ لأنَّ إيجابَ الوَصِيَّةِ يكونُ بعدَ الموتِ؛ لأنَّهُ مُتعلِّقٌ بوجودِ الموتِ، فإذَا ماتَ المُوصَىٰ لهُ؛ لمْ يَصِحَّ الإيجابُ، كما لا يَصِحُّ إيجابُ البائعِ للمشتَرِي بعدَ موتِهِ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢٤٤].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

تَعَلَّقَ بِالْمَوْتِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ من قبل.

وَلَوْ أَوْصَىٰ بِغَلَّةِ عَبْدِهِ أَوْ دَارِهِ، فَاسْتَخْدَمَهُ بِنَفْسِهِ، أَوْ سَكَنَهَا بِنَفْسِهِ، قِيلَ: يَجُوزُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ قِيمَةَ الْمَنَافِعِ كَعَيْنِهَا فِي تَحْصِيلِ الْمَقْصُودِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْغَلَّةَ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ وَقَدْ وَجَبَتْ الْوَصِيَّةُ بِهَا، وَهَذَا اسْتِيفَاءُ الْمَنَافِعِ وَهُمَا مُتَغَايِرَانِ وَمُتَفَاوِتَانِ فِي حَقِّ الْوَرَثَةِ، فَإِنَّهُ لَوْ ظَهَرَ دَيْنٌ يُمْكِنُهُمْ أَدَاؤُهُ مِنْ

غاية البيان

قَوْلُهُ: (عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ)، إشارةٌ إلىٰ ما ذَكَرَهُ في فَصْلِ اعتبارِ حالةِ الوَصِيَّةِ في الفرقِ بينَ الإقرارِ لأجنبيةٍ، ثمَّ تزوَّجَها ثمَّ ماتَ؛ حيثُ جازَ، وبينَ الوَصِيَّةِ والهِبَةِ لها، فإنَّ ذلكَ باطلٌ بقولِهِ: (بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهَا إيجَابٌ عِنْدَ الْمَوْتِ).

ويجوزُ أنْ يكونَ إشارةً إلىٰ مَا ذَكَرَهُ في أوائلِ كتابِ الوَصَايَا بقولِهِ: (لِأَنَّ أَوَانَ ثُبُوتِ حُكْمِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ لِتَعَلُّقِهِ بِهِ، فَلَا يُعْتَبَرُ قَبْلَهُ).

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَوْصَىٰ بِغَلَّةِ عَبْدِهِ أَوْ دَارِهِ، فَاسْتَخْدَمَهُ بِنَفْسِهِ، أَوْ سَكَنَهَا بِنَفْسِهِ، قِيلَ: يَجُوزُ [ذَلِكَ][1])، وهذِهِ المسألةُ معَ ما بعدهَا إلىٰ قولِهِ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِآخَرَ بِثَمَرَةِ بُسْتَانِهِ)، ذُكِرتْ تفريعًا علىٰ مسألةِ «الْمُخْتَصَرِ».

قالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ ﷺ»: «وإذَا أوصَىٰ بغَلَّةِ عبْدِهِ لرَجُلٍ، فأرادَ المُوصَىٰ لهُ بالغَلَّةِ أنْ يَستخدِمَهُ بنفسِهِ؛ لمْ يَذكُرْهَا [٣/٥٤٦ظ] في ظاهرِ الروايةِ.

واختلفَ المشايخُ ﷺ فيهِ: قالَ بعضُهُمْ: لهُ أنْ يَستخدِمَهُ بنفسِهِ، وقالَ بعضُهُمْ: ليسَ لهُ ذلكَ؛ لأنَّ المُوصِي أوصَىٰ لهُ بالغَلَّةِ لا بالخِدمَةِ»[2].

وقالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ ﷺ في كتابِ «نُكَتُ الوَصَايَا»: «فلوْ كانَ أَوْصَىٰ لهُ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسبيجابيِّ [ق/٣١٧].

الْغَلَّةِ بِالِاسْتِزْدَادِ مِنْهُ بَعْدَ اسْتِغْلَالِهَا وَلَا يُمْكِنُهُمْ مِنَ الْمَنَافِعِ بَعْدَ اسْتِيفَائِهَا بِعَيْنِهَا، وَلَيْسَ لِلْمُوصَى لَهُ بِالْخِدْمَةِ وَالسُّكْنَى أَنْ يُؤَاجِرَ الْعَبْدَ أَوِ الدَّارَ.

بغَلَّةِ الدَّارِ، فأرادَ أنْ يَسكُنَ هو بنفسِهِ، فإنَّ هذا الفَصلَ لمْ يُذكَرْ عنْ أصحابِنا المُتقدِّمينَ ، واختلفَ فيهِ المتأخِّرونَ:

ذُكِرَ عنْ أبي بكرٍ الإِسْكَافِ أنَّهُ قالَ: لهُ ذلكَ.

وكانَ أبو بكرٍ بنُ سعيدٍ[1] يقولُ: ليسَ لهُ ذلكَ.

أمَّا مَنْ قالَ: [لهُ][2] ذلكَ؛ لأنَّ غيرَهُ يَسكُنُ لهُ ولأجْلِهِ، فإذا سَكَنَ هو بنفسِهِ؛ جازَ أيضًا.

وأمَّا مَنْ قالَ: ليسَ لهُ ذلكَ؛ لأنَّ في ذلكَ ضررًا على الميتِ؛ لأنَّهُ لوْ آجَرَهُ وأخَذَ الغَلَّةَ، فلو ظَهَرَ [٨/٣١٨ظ/م] على المَيِّتِ دَيْنٌ؛ يُقضَى الدَّيْنُ مِنْ تلكَ الغَلَّةِ، ولوْ سَكَنَ هو بنفسِهِ؛ لا يُمكِنُ أنْ يُقضَى مِنَ السُّكنَى».

قَوْلُهُ: (وَلَيْسَ لِلْمُوصَى لَهُ بِالْخِدْمَةِ وَالسُّكْنَى أَنْ يُؤَاجِرَ الْعَبْدَ أَوِ الدَّارَ).

قالَ شمسُ الأئمةِ السَّرَخسِيُّ في «شرحِ الكافي»: «وليسَ للمُوصَى لهُ بسُكنَى الدَّارِ وخِدمةِ العبدِ أنْ يُؤاجِرَهُمَا عندنَا، وقالَ الشَّافِعِيُّ : لهُ ذلكَ[3]؛ لأنَّ تَملُّكَ المَنفَعَةِ بعَقدٍ مُضافٍ إلى ما بعدَ الموتِ، كتَملُّكِ المَنفَعَةِ في حالةِ الحياةِ، ولوْ تَملَّكَ المَنفَعَةَ بالاستئجارِ في حالةِ الحياةِ مَلَكَ الإجارةَ مِنْ غيرِهِ، فكذلكَ إذا تَملَّكَ المَنفَعَةَ بِالوَصِيَّةِ بعدَ الموتِ، وهذا لأنَّ المَنفَعَةَ مُعتبَرةٌ بالعَينِ، وفي العينِ يَصِحُّ الاعتياضُ عنهُ، سواءٌ تَملَّكَ العينَ ببدلٍ أوْ بغيرِ بدلٍ؛ وهذا لأنَّ المَنفَعَةَ مُعتبَرةٌ، فكذلكَ يَصِحُّ الاعتياضُ عنِ المَنفَعَةِ إذا تَملَّكَهَا، بخلافِ العَارِيَّةِ؛

---

(١) هو مُحَمَّد بن سعيد بن مُحَمَّد بن عبد الله الفَقِيه المَعْرُوف بالأعمش. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ف٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٥/٨٥]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٧/١١٠].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ بِالْوَصِيَّةِ مَلَكَ الْمَنْفَعَةَ فَيَمْلِكُ تَمْلِيكَهَا مِنْ غَيْرِهِ بِبَدَلٍ أَوْ غَيْرِ بَدَلٍ لِأَنَّهَا كَالْأَعْيَانِ عِنْدَهُ، بِخِلَافِ الْعَارِيَّةِ لِأَنَّهَا إِبَاحَةٌ عَلَى أَصْلِهِ وَلَيْسَ بِتَمْلِيكٍ وَلَنَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِيكٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ مُضَافٍ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ فَلَا يَمْلِكُ تَمْلِيكَهُ بِبَدَلٍ اعْتِبَارًا بِالْإِعَارَةِ فَإِنَّهَا تَمْلِيكٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ عَلَى أَصْلِنَا، وَلَا يَمْلِكُ الْمُسْتَعِيرُ الْإِجَارَةَ لِأَنَّهَا تَمْلِيكٌ بِبَدَلٍ، كَذَا هَذَا.

غاية البيان

حيثُ لا يَملِكُ المُستعيرُ الْإِعَارَةَ عندي؛ لأنَّ الْإِعَارَةَ في حُكمِ الإباحةِ لا في حُكمِ التَّمليكِ، ولأنَّ الْإِعَارَةَ ليستْ بلازمةٍ، والوَصِيَّةُ بالمَنْفَعَةِ لازمةٌ كالوَصِيَّةِ بالعينِ.

ولنا: أنَّ المُوصَىٰ لهُ تَملَّكَ العينَ بغيرِ عِوَضٍ، فلا يَملِكُ تمليكَهَا مِنَ الغيرِ بِعِوَضٍ كالمُستَعِيرِ، فإنَّهُ لا يَملِكُ الإجارةَ؛ لأنَّها تَمليكٌ بعِوَضٍ، فكذَا هذا»[1].

والدليلُ علىٰ أنَّ العَارِيَّةَ تَمليكٌ بغيرِ عِوَضٍ: لأنَّها تَنعقِدُ بلفظِ التَّمليكِ؛ ولهذا لوْ قالَ: مَلَّكْتُكَ منفعةَ هذِهِ الدارِ؛ كانتْ عاريةً صحيحةً.

تحقيقُهُ: أنَّ التَّمليكَ إذا وَقَعَ بعِوَضٍ؛ كانَ لازمًا حتَّىٰ لا يَنفَسِخَ إلَّا بعُذرٍ، وإذا وَقَعَ بغيرِ عِوَضٍ كانَ غيرَ لازمٍ، والتَّمليكُ بالْوَصِيَّةِ تَمليكٌ بغيرِ عِوَضٍ، فكانَ غيرَ لازمٍ، وكذلكَ العَارِيَّةُ أيضًا ليستْ بلازمةٍ؛ لكونِها مُتعرِّيةً عنِ العِوَضِ، فإذا كانتِ الوَصِيَّةُ غيرَ لازمةٍ؛ لا تَصِحُّ إجارتُهَا؛ لأنَّ الإجارةَ لكونِهَا لازمةً أقْوَىٰ مِنَ الوَصِيَّةِ، فلا يُملَكُ الأقْوَىٰ بالأضْعَفِ؛ لأنَّ الشيءَ لا يَتضمَّنُ ما هو فَوْقَهُ.

وإنَّما [لمْ][2] يَصِحَّ الرجوعُ بعدَ موتِ المُوصِي؛ لأنَّهُ لا يُتَصَوَّرُ رجوعُهُ بعدَ موتِهِ، ولأنَّ المَنْفَعَةَ ليستْ بمالٍ علىٰ أصْلِنَا، ولهذا قلنا[3]: إنَّ منافعَ المغصوبِ ليستْ بمضمونةٍ؛ لأنَّ الماليةَ لا تَسبِقُ الوجودَ، وبعدَ الوجودِ لا تَسبِقُ الإحرازَ

(١) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [٢٧/١٨٢ - ١٨٣].
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٣) وقع بالأصل: «قال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ التَّمْلِيكَ بِبَدَلٍ لَازِمٌ وَبِغَيْرِ بَدَلٍ غَيْرُ لَازِمٍ، وَلَا يَمْلِكُ الْأَقْوَى بِالْأَضْعَفِ وَالْأَكْثَرَ بِالْأَقَلِّ، وَالْوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ غَيْرُ لَازِمٍ إِلَّا أَنَّ الرُّجُوعَ لِلْمُتَبَرِّعِ لَا لِغَيْرِهِ وَالْمُتَبَرِّعُ بَعْدَ الْمَوْتِ لَا يُمْكِنُهُ الرُّجُوعُ فَلِهَذَا انْقَطَعَ، أَمَّا هُوَ فِي وَضْعِهِ فَغَيْرُ لَازِمٍ، وَلِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ لَيْسَتْ بِمَالٍ عَلَى أَصْلِنَا وَفِي تَمْلِيكِهَا بِالْمَالِ إِحْدَاثُ صِفَةِ الْمَالِيَّةِ فِيهَا تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ فِي عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ، وإنما تَثْبُتُ هَذِهِ الْوِلَايَةُ لِمَنْ يَمْلِكُهَا تَبَعًا لِمِلْكِ الرَّقَبَةِ، أَوْ لِمَنْ يَمْلِكُهَا بِعَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ حَتَّى يَكُونَ مُمَلِّكًا لَهَا بِالصِّفَةِ الَّتِي تَمَلَّكَهَا، أَمَّا إِذَا تَمَلَّكَهَا مَقْصُودَةً بِغَيْرِ عِوَضٍ ثُمَّ مَلَّكَهَا بِعِوَضٍ كَانَ مُمَلِّكًا أَكْثَرَ مِمَّا تَمَلَّكَهُ مَعْنًى وَهَذَا لَا يَجُوزُ.

وَلَيْسَ لِلْمُوصَى لَهُ أَنْ يُخْرِجَ الْعَبْدَ مِنَ الْكُوفَةِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُوصَى

كالصيدِ، والمنافعُ تَتلاشَى كما وُجِدَتْ، فلا تَثْبُتُ [٢٤٧/٣ظ] الماليةُ في المنافعِ حقيقةً، وفي تمليكِهَا بالمالِ يَلْزَمُ إحداثُ صفةِ الماليةِ في المنافعِ؛ لتحقيقِ المُساواةِ في عَقْدِ المُعَاوَضَةِ، فلا تَثْبُتُ هذِهِ الولايةُ، أعني: ولايةَ إحداثِ صفةِ الماليةِ في المنافعِ، إلَّا لمَنْ تَملَّكَ المنافعَ [٣١٩/٨م/ظ] تَبَعًا في ضِمْنِ مِلْكِ الرَّقبةِ، أوْ لمَنْ تَملَّكَ المنافعَ بعقْدِ المُعَاوَضَةِ كَالْإجارَةِ، فإنَّهُ يجوزُ للمُستأجِرِ أنْ يُؤاجِرَ العينَ، ويَملِكُ منفعتَهَا مِنْ غيرِهِ، إذا كانَتِ العينُ مِمَّا لا يَختلِفُ باختلافِ المُستعمِلِ؛ حيثُ يكونُ مُمَلِّكًا للمنفعةِ بالصفةِ الَّتي مَلَكَهَا.

فأمَّا مَنْ تَملَّكَ المنافعَ بغيرِ عِوَضٍ مقصودةً أصلًا؛ لا في ضِمْنِ شيءٍ آخرَ، فلمْ يَثْبُتْ فيهَا معنَى الماليةِ بسبيلِ التبعيَّةِ، كما في الوَصيَّةِ لا يجوزُ [له][1] أنْ يُمَلِّكَهَا بعِوَضٍ بالإجارَةِ؛ لأنَّهُ يكونُ مُمَلِّكًا أكثرَ مما يَملِكُهُ معنًى، فافْهَمْ.

قَوْلُهُ: (وَلَيْسَ لِلْمُوصَى لَهُ أَنْ يُخْرِجَ الْعَبْدَ مِنَ الْكُوفَةِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُوصَى

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٤٢»، و«غ».

لهُ وأَهْلُهُ فِي غَيْرِ الْكُوفَةِ، فَيُخْرِجُ إلَى أَهْلِهِ لِلْخِدْمَةِ هُنَالِكَ، إذَا كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إنَّمَا تَنْفُذُ عَلَى مَا يُعْرَفُ مِنْ مَقْصُودِ الْمُوصِي، فَإِذَا كَانُوا فِي مِصْرِهِ فَمَقْصُودُهُ أَنْ يُمَكِّنَهُ مِنْ خِدْمَتِهِ فِيهِ بِدُونِ أَنْ يَلْزَمَهُ مَشَقَّةُ السَّفَرِ، وَإِذَا كَانُوا فِي غَيْرِهِ فَمَقْصُودُهُ أَنْ يَحْمِلَ الْعَبْدَ إلَى أَهْلِهِ لِيَخْدُمَهُمْ.

وَلَوْ أَوْصَى بِغَلَّةِ عَبْدِهِ أَوْ بِغَلَّةِ دَارِهِ يَجُوزُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ الْمَنْفَعَةِ فَأَخَذَ

۞ غاية البيان ۞

لهُ وَأَهْلُهُ فِي غَيْرِ الْكُوفَةِ، فَيُخْرِجُ إلَى أَهْلِهِ لِلْخِدْمَةِ هُنَالِكَ، إذَا كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ).

يعني: إذا أَوْصَى رَجُلٌ مِنْ أهلِ الكوفةِ بخدمةِ عبْدِهِ لِزَيْدٍ مثلًا، فليسَ لِزَيْدٍ أنْ يُخْرِجَ العبدَ منَ الكوفةِ إلى موضعٍ آخرَ ليستخدمَهُ فيهِ، إلَّا أنْ يكونَ المُوصَى لهُ وأهلُهُ في غيرِ الكوفةِ؛ فحينئذٍ يكونُ لهُ أنْ يُخْرِجَهُ؛ لأنَّ تنفيذَ الوَصِيَّةِ على حسبِ ما يُعْرَفُ مِنْ مقصودِ المُوصِي، فإذا كانَ المُوصَى لهُ وأهلُهُ في مِصْرِ المُوصِي، فمقصودُ المُوصِي أنْ يَخدِمَهُ العبدُ في المِصْرِ بدونِ أنْ يُلْزِمَهُ مشقَّةَ السفرِ.

وإذا كانُوا في غيرِ مِصْرِ المُوصِي، فمقصودُهُ أنْ يَحْمِلَ العبدَ إلى أهْلِهِ ليخدمَهُ عندهُمْ، وهذا هو المعلومُ[1] بدلالةِ الحالِ، فلوْ أنَّهُ شرَطَ أنْ يَخْدِمَهُ عندَ أهْلِهِ بالإفصاحِ كانَ للمُوصَى لهُ أنْ يُخْرِجَهُ إلى أهلِهِ، فكذا إذا عُلِمَ عندَ أهلِهِ بالدلالةِ؛ لأنَّ الثابتَ بالدلالةِ كالثابتِ صريحًا.

قَوْلُهُ: (كَانُوا فِي مِصْرِهِ)، أيْ: كانَ المُوصَى لهُ وأهْلُهُ في مِصْرِ المُوصِي.

قَوْلُهُ: (فِي غَيْرِ مِصْرِهِ)، الضميرُ راجعٌ إلى المُوصِي أيضًا.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَوْصَى بِغَلَّةِ عَبْدِهِ أَوْ بِغَلَّةِ دَارِهِ يَجُوزُ أَيْضًا)، [أيْ][2]: كما تجوزُ

---

(1) وقع بالأصل: «معلوم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(2) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

حُكْمَ الْمَنْفَعَةِ فِي جَوَازِ الْوَصِيَّةِ بِهِ، كَيْفَ وَأَنَّهُ عَيْنٌ حَقِيقَةً لِأَنَّهُ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ فَكَانَ بِالْجَوَازِ أَوْلَى، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ كَانَ لَهُ ثُلُثُ غَلَّةِ تِلْكَ السَّنَةِ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ بِالْأَجْزَاءِ.

فَلَوْ أَرَادَ الْمُوصَى لَهُ قِسْمَةَ الدَّارِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَرَثَةِ؛ لِيَكُونَ هُوَ الَّذِي يَسْتَغِلُّ ثُلُثَهَا، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ فَإِنَّهُ يَقُولُ: الْمُوصَى لَهُ

غاية البيان

الوَصِيَّةُ بخدمةِ العبدِ وسُكْنَى الدارِ؛ تجوزُ[1] الوَصِيَّةُ بِغَلَّةِ العبدِ وغَلَّةِ الدارِ؛ وذلك لأنَّ الغَلَّةَ بدلُ المَنْفَعَةِ، فلَمَّا جازَ الوَصِيَّةُ بالمَنْفَعَةِ جازَتِ الوَصِيَّةُ ببدلِهَا أيضًا، فإذا أوْصَى بِغَلَّةِ العبدِ سَنَةً، ولمْ يكنْ لهُ مالٌ غيرُهُ يُسْتَغَلُّ العبدُ سَنَةً، ثُمَّ يُقْسَمُ أثلاثًا؛ لأنَّ الغَلَّةَ تحتملُ القسمةَ؛ لأنَّها عينٌ: إمَّا دراهمُ أوْ دنانيرُ، وليسَ كالخدمةِ؛ لأنَّ الخِدْمَةَ لا يُمْكِنُ جَمْعُهَا؛ لأنَّها تحدُثُ وقتًا بعدَ وَقْتٍ، ولا تجتمعُ في وَقْتٍ واحدٍ، فلَمَّا لَمْ يُمْكِنْ قِسْمَتُهَا بالأجزاءِ؛ لَمْ يكنْ بُدٌّ مِنَ المُهَايَأَةِ، فيَخْدِمُ للوَرَثَةِ يومَيْنِ، والمُوصَى لهُ يومًا.

فأمَّا الغَلَّةُ: فيُمْكِنُ جَمْعُهَا [٨/٢١٩ظ/م] وقِسْمَتُهَا بالأجزاءِ، فكانَ للمُوصَى لهُ ثُلُثُ غَلَّةِ تلكَ السَّنَةِ.

قَوْلُهُ: (فَكَانَ بِالْجَوَازِ أَوْلَى)، أيْ: كانَ الإِيصَاءُ بالغَلَّةِ أقربَ إلى الجوازِ مِنَ الإِيصَاءِ بِالخِدْمَةِ؛ لأنَّ الخِدْمَةَ منفعةٌ محْضةٌ، ليستْ فيهَا شائبةُ العينِيَّةِ، ولهذا لَمْ يَجُزْ ذلكَ على قوْلِ ابنِ أبي لَيْلَى [٣/٤٠٧ظ] ﷺ، فإذا جازَ الإِيصَاءُ بالخِدْمَةِ جازَ الإِيصَاءُ بِالغَلَّةِ بالطريقِ الأَوْلَى؛ لأنَّها عبارةٌ عنْ مالٍ عينٍ، وهيَ الدراهمُ أوِ الدنانيرُ.

قَوْلُهُ: (فَلَوْ أَرَادَ الْمُوصَى لَهُ قِسْمَةَ الدَّارِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَرَثَةِ؛ لِيَكُونَ هُوَ الَّذِي يَسْتَغِلُّ ثُلُثَهَا؛ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ).

(١) وقع بالأصل: «وتجوز». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

شريكُ الوَارِثِ وَلِلشَّرِيكِ ذَلِكَ، فَكَذَلِكَ لِلْمُوصَى لَهُ، إلَّا أَنَّا نَقُولُ: الْمُطَالَبَةُ بِالْقِسْمَةِ تَنْبَنِي عَلَى ثُبُوتِ الْحَقِّ لِلْمُوصَى لَهُ فِيمَا يُلَاقِيهِ الْقِسْمَةُ إذْ هُوَ الْمُطَالِبُ، وَلَا حَقَّ لَهُ فِي عَيْنِ الدَّارِ، وَإِنَّمَا حَقُّهُ فِي الْغَلَّةِ فَلا يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِقِسْمَةِ الدَّارِ.

وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ، وَلِآخَرَ بِرَقَبَتِهِ، وَهُوَ يَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ، فَالرَّقَبَةُ لِصَاحِبِ [٢٩٣/ط] الرَّقَبَةِ، وَالْخِدْمَةُ عَلَيْهَا لِصَاحِبِ الْخِدْمَةِ، لِأَنَّهُ أَوْجَبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَيْئًا مَعْلُومًا عَطْفًا مِنْهُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ فَتُعْتَبَرُ هَذِهِ الْحَالَةُ بِحَالَةِ الِانْفِرَادِ.

غاية البيان

يعني: إذا أرادَ المُوصَى لهُ بِغَلَّةِ الدارِ قسمةَ الدارِ؛ حتَّى يَستَغِلَّ ثُلثَ الدارِ بنفسِهِ؛ ليسَ لهُ ذلكَ، إلَّا في روايةٍ عنْ أبي يوسفَ ﷺ. ذكَرَهُ شمسُ الأئمةِ السَّرَخسيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»[1].

وَجْهُ ذلكَ: أنَّ المُوصَى لهُ بمنزلةِ الشريكِ فيما يجبُ تنفيذُ الوَصِيَّةِ فيه، فكما أنَّ للشريكِ أنْ يُطالِبَ[2] صاحبَهُ بالقسمةِ؛ ليكونَ هو الَّذِي يستَغِلُّ بنفسِهِ، كانَ للمُوصَى لهُ ذلكَ.

ونحنُ نقولُ: القسمةُ تَنْبَني على حقِّ المُوصَى لهُ؛ لأنَّهُ ليسَ لهُ أنْ يُطالِبَ[2] القسمةَ فيما ليسَ لهُ فيه حقٌّ، ولا حقَّ للمُوصَى لهُ في عينِ الدارِ، وإنَّما حقُّهُ في الغَلَّةِ منها، وكانَ حقُّهُ في قِسمةِ الغَلَّةِ، لا في قِسمةِ الدارِ؛ لأنَّهُ لا حقَّ لهُ في عينِ الدارِ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ، وَلِآخَرَ بِرَقَبَتِهِ، وَهُوَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ، فَالرَّقَبَةُ لِصَاحِبِ الرَّقَبَةِ، وَالْخِدْمَةُ عَلَيْهَا لِصَاحِبِ الْخِدْمَةِ).

---

(1) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [١٨٢/٢٧].

(2) وقع بالأصل: «يطلب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

ثُمَّ لَمَّا صَحَّتْ الْوَصِيَّةُ لِصَاحِبِ الْخِدْمَةِ، فَلَوْ لَمْ يُوصِ فِي الرَّقَبَةِ مِيرَاثًا لِلْوَرَثَةِ مَعَ كَوْنِ الْخِدْمَةِ لِلْمُوصَى لَهُ، فَكَذَا إِذَا أَوْصَى بِالرَّقَبَةِ لِإِنْسَانٍ آخَرَ، إِذْ الْوَصِيَّةُ أُخْتُ الْمِيرَاثِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْمِلْكَ يَثْبُتُ فِيهِمَا بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَلَهَا نَظَائِرُ: ....

غاية البيان

ووقعَ في نسخةِ «الهدايةِ»: (وَالْخِدْمَةُ عَلَيْهَا)، أيْ: على رقبةِ العبدِ، ووقعَ في نُسَخِ «شرحِ الكافي»: «والخِدْمَةُ كلُّهَا»؛ وذلكَ لأنَّ المُوصِيَ أوجبَ لكلِّ واحدٍ مِنَ المُوصَى لهما شيئًا معلومًا، وخصَّ كُلَّ واحدٍ منهُمَا بشيءٍ، لأحدِهِمَا الخِدْمَةُ، وللآخرِ الرَّقَبَةُ، فيكونُ لكلِّ واحدٍ منهُمَا ما أوصَى لهُ؛ لأنَّهُ ميَّزَ وَصِيَّتَهُمَا. فبعَطْفِ[1] إحْدَى الوصيَّتَيْنِ على الأُخْرَى بقولِهِ: أوصيتُ لهذا بخدمتِهِ ولهذا برقبتِهِ؛ لا تتحقَّقُ المشاركةُ، فتُعْتَبَرُ هذِهِ الحالةُ.

أعني: ما إذا أَوْصَى بخدمةٍ ورقبةٍ بحالةِ الانفرادِ، وهيَ ما إذا أَوْصَى بخدمةٍ دونَ رقبةٍ، بأنْ أَوْصَى بخدمةِ العبدِ لإنسانٍ، ولمْ يُوصِ برقبتِهِ، تكونُ الخِدْمَةُ للمُوصَى له، والرقبةُ للوَرَثَةِ، فكذلكَ إذا أَوْصَى برقبتِهِ لإنسانٍ آخَرَ؛ تكونُ الرَّقَبَةُ للمُوصَى لهُ بِالرَّقَبَةِ خاصَّةً؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ أُخْتُ الميراثِ مِنْ حيثُ إنَّ في كُلِّ واحدٍ منهُمَا يَثْبُتُ المِلْكُ بعدَ الموتِ.

قَوْلُهُ: (وَلَهَا نَظَائِرُ)، أيْ: ولهذه المسألةِ نظائرُ، وهو ما إذا أَوْصَى بأمَةٍ لرَجُلٍ، وبما في بطنِهَا لآخَرَ، وهي تخرُجُ مِنَ الثلثِ، أوْ أَوْصَى لرَجُلٍ [٨/٣٢٠/ب] بخاتَمٍ، ولآخَرَ بفَصِّهِ، أوْ قالَ: هذِهِ القَوْصَرَّةُ[2] لفلانٍ، وما فيهَا مِنَ التَّمْرِ لفلانٍ؛ كانَ كما أَوْصَى، سواءٌ كانَ الكلامُ متصلًا أوْ مقطوعًا عندَ أبي يوسفَ ﷺ، ففي قولِ محمَّدٍ ﷺ: الجوابُ في خِدْمَةِ العبدِ كذلكَ.

---

(١) وقع بالأصل: «فيعطف». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ».

(٢) القَوْصَرَّةُ: وعاءٌ للتمر منسوج مِن قَصَبٍ. هكذا عرَّفها المؤلف فيما مضى مِن كتاب الغصب.

....

وأمَّا في الجاريةِ والخَاتَمِ: تكونُ الجاريةُ والخَاتَمُ للذي أوْصَى، والولدُ بينَ لموصَى لهُ بالجاريةِ وبينَ المُوصَى لهُ بالولدِ نصفيْنِ، وكذلكَ الفَصُّ والقَوْصَرَّةُ، بالاختلافُ ذُكِرَ في أكثرِ «شروحِ الزياداتِ»، ولمْ يذكرْهُ[1] فخرُ الإسلامِ في «شرحِ زياداتِه»، ولا في «أصولِهِ»؛ لأنَّ أبا يوسفَ لمْ يَثْبُتْ خلافُهُ في ظاهرِ الروايةِ، إنَّما عُلِمَ خلافُهُ مِنْ روايةِ «الإملاءِ». كذا ذكرَ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مُخْتَصَرِهِ» [...] الزياداتِ[2].

وَجْهُ قولِ أبي يوسفَ ﷺ: أنَّ مرادَهُ بالإيجابِ الأولُ: إيجابُ الأَمَةِ وحْدَهَا دونَ ولدِهَا للمُوصَى لهُ بالأَمَةِ؛ بدليلِ الإيجابِ الثاني، وإنْ كانَ الكلامُ مفصولًا؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ لا تُوجِبُ شيئًا في حالةِ الحياةِ للمُوصَى عليهِ، فكانَ الكلامُ المتصلُ والمنفصولُ سواءً في كونِهَا[3] بيانًا، كما في الوَصِيَّةِ بِالرَّقَبَةِ والخِدْمَةِ، فإنَّ ثَمَّةَ المتصلَ والمنفصلَ سواءٌ.

وحُجَّةُ قولِ محمَّدٍ ﷺ: أنَّ اسمَ الخَاتَمِ يتناولُ الحَلقةَ والفَصَّ جميعًا، واسمُ الجاريةِ يتناولُهَا وما في بَطْنِهَا، واسمُ القَوْصَرَّةِ كذلكَ.

ومِنْ أصْلنا: [أنَّ][4] العامَّ يُوجِبُ الحُكْمَ كالخاصِّ[5]، فقدِ اجتمعَ إِذَنْ في الفَصِّ وصيَّتانِ، فيكونُ بينهُمَا، ولا يكونُ إيجابُ الوَصِيَّةِ للثاني رجوعًا عنِ الأوَّلِ، كما لوْ أوْصَى بِالخَاتَمِ للثاني؛ لا يكونُ ذلكَ رجوعًا عنِ الأوَّلِ، بلْ يكونُ الفَصُّ بينهُمَا، فكذا هذا، بخلافِ الخِدْمَةِ معَ الرَّقَبَةِ، بأنْ أوْصَى بِرَقَبَةِ العبدِ

---

(1) وقع بالأصل: «يذكر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا۲»، و«غ»، و«ر».
(2) وقع بالأصل: «كذا في «الزيادات»». والمثبت من: «م»، و«فا۲».
(3) وقع بالأصل: «كونها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا۲»، و«غ»، و«ر».
(4) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا۲»، و«غ»، و«ر».
(5) وقع بالأصل: «على الخاص». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا۲»، و«غ»، و«ر».

....

لإنسانٍ، وبخدمتِهِ لآخَرَ؛ يكونُ ذلكَ كما أوْصَىٰ، ولا تكونُ الخِدْمَةُ مُشْتركةً بينهُمَا؛ لأنَّ اسمَ الرَّقَبَةِ لا يتناوَلُ الخِدْمَةَ، ولكنْ إنَّما يستخدِمُهُ المُوصَىٰ لهُ بالرَّقبةِ؛ لأنَّ المَنْفَعَةَ تحْدُثُ علىٰ مِلْكِهِ، ولا حقَّ للغيرِ فيهِ، فإذا أوْصَىٰ بالخِدْمَةِ لغيرِهِ لا يَبْقَىٰ للمُوصَىٰ لهُ بالرَّقَبَةِ حقٌّ في الخِدْمَةِ، فكانَ المُوصَىٰ لهُ أخصَّ بالخِدْمَةِ، بخلافِ ما إذا كانَ الكلامُ موصولًا؛ لأنَّهُ بمنزلةِ دليلِ التخصيصِ والاِسْتِثْنَاءِ، وذلكَ بيانٌ مُغَيِّرٌ، فيصحُّ بشَرْطِ الوصلِ، فكانَ الحَلقةُ لصاحبِ الخَاتَمِ والفَصُّ لصاحبِهِ.

وأورَدَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ سؤالًا وجوابًا في كتابِ «نُكَتِ الوَصَايَا»: «فإنْ قيلَ: الَّذِي أوْصَىٰ لهُ بِالخَاتَمِ فقدْ أوْصَىٰ لهُ بِالفَصِّ أيضًا؛ لأنَّ الفصَّ مِنَ الخاتمِ، فَلِمَ لا يكونُ الفَصُّ بينهُمَا نصفيْنِ؟!

قِيلَ لهُ: لأنَّ صاحبَ الفَصِّ وصيَّتُهُ بِالفَصِّ مقصودةٌ [٨/٣٢٠ظ/م] إليهِ، ووصيةُ الآخَرِ علىٰ وَجْهِ التبعِ، فصارَ حينئذٍ وصيةُ صاحبِ الفَصِّ أقْوَىٰ؛ لأنَّهُ مقصودٌ إليهِ، فوَجَبَ أنْ يكونَ هو أَوْلَىٰ؛ لأنَّ في الوَصَايَا يُعْتَبَرُ الأقْوَىٰ فالأقْوَىٰ؛ ولهذا كانَ العتقُ المُوقَعُ في المرضِ أقْوَىٰ مِنْ سائرِ الوَصَايَا».

وقالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ في بيانِ قولِ محمَّدٍ ﷺ: «كلُّ شيءٍ لا يحتملُ الاِسْتِثْنَاءَ يكونُ التابعُ للذي أوْصَىٰ، وكلُّ شيءٍ يحتملُ الاِسْتِثْنَاءَ يكونُ التابعُ بينهُمَا نصفيْنِ، والخِدْمَةُ لا تحتملُ الاِسْتِثْنَاءَ؛ لأنَّهُ لوْ قالَ: أوصيْتُ بهذا العبدِ لفلانٍ إلَّا خدمتَهُ؛ كانَتِ الوَصِيَّةُ جائزةً، والاِسْتِثْنَاءُ باطلًا، وفي الخَاتَمِ والجاريةِ جازَ الاِسْتِثْنَاءُ؛ لأنَّهُ لوْ قالَ: أوصيْتُ بهذه الجاريةِ إلَّا ما في بطنِهَا، أوْ بهذا الخاتمِ إلَّا فَصَّهُ؛ جازَ الاِسْتِثْنَاءُ.

فإذَا كانَ الأصلُ هذا: فإذا أوْصَىٰ بالعبدِ لرَجُلٍ، فلوْ أرادَ اسْتِثْنَاءَ الخِدْمَةِ لا

وهو ما إذا أَوْصَىٰ بِأَمَةٍ لِرَجُلٍ وَبِمَا فِي بَطْنِهَا لِآخَرَ وَهِيَ تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ، أَوْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِخَاتَمٍ وَلِآخَرَ بِفَصِّهِ، أَوْ قَالَ هَذِهِ الْقَوْصَرَةُ لِفُلَانٍ وَمَا فِيهَا مِنَ التَّمْرِ كَانَ كَمَا أَوْصَىٰ، وَلَا شَيْءَ لِصَاحِبِ الظَّرْفِ فِي الْمَظْرُوفِ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ كُلِّهَا، أما إِذَا فَصَلَ أَحَدُ الْإِيجَابَيْنِ عَنِ الْآخَرِ فِيهَا فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

غاية البيان

يجوزُ، وإنَّما يَمْلِكُ الخِدْمَةَ مَنْ يَمْلِكُ رقبتَهُ، فلَمَّا أَوْصَىٰ بِالخِدْمَةِ لآخَرَ لمْ يوجَدْ في الخِدْمَةِ إلَّا وصيَّةٌ واحدةٌ، فوَجَبَ أنْ تكونَ الخِدْمَةُ كلُّهَا لصاحبِ الخِدْمَةِ.

وأمَّا الجاريةُ: لَمَّا أَوْصَىٰ بها لرَجُلٍ، فلوِ اسْتَثْنَىٰ ما في بطنِهَا جازَ الاِسْتِثْنَاءُ، فلَمَّا لمْ يستَثْنِ صارَ كأنَّهُ أَوْصَىٰ [لهُ][1] بالجاريةِ وبما في بطنِهَا، فلَمَّا أَوْصَىٰ بما في بَطْنِهَا للآخَرِ؛ فقدِ اجتمعَ فيما في البطنِ وصيَّتانِ، فوَجَبَ أنْ يكونَ [٣/٥٤٨ط] بينهُمَا نصْفَيْنِ، وكذلكَ الخَاتَمُ لوِ اسْتَثْنَىٰ الفَصَّ كانَ جائزًا، فلَمَّا لمْ يَسْتَثْنِ صارَ كأنَّهُ أَوْصَىٰ لهُ بِالخَاتَمِ والفَصِّ، فلَمَّا أَوْصَىٰ بِالفَصِّ لآخَرَ فقدِ اجتمعَ في الفَصِّ وصيَّتانِ، فيصيرُ الفَصُّ بينهُمَا نصْفَيْنِ».

قَوْلُهُ: (أَوْصَىٰ بِأَمَةٍ لِرَجُلٍ وَبِمَا فِي بَطْنِهَا لِآخَرَ).

قالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «أَوْصَىٰ بالجاريةِ لإنسانٍ وبما في بطْنِهَا لآخَرَ فإنَّهُ يجوزُ إلَّا إذا ولدَتْ لأكثرَ مِنْ ستةِ أشهُرٍ بعدَ موتِ المُوصِي، أوْ لستةِ أشهُرٍ، فحينئذٍ لا تجوزُ الوَصِيَّةُ في الولدِ، وكلاهُمَا يكونُ للمُوصَىٰ لهُ بالجاريةِ»[2].

قَوْلُهُ: (إِذَا فَصَلَ أَحَدُ الْإِيجَابَيْنِ عَنِ الْآخَرِ).

---

[1] ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

[2] ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسبيجابي [ق/٣١٢].

وَعَلَىٰ قَوْلِ مُحَمَّدٍ الْأَمَةُ لِلْمُوصَىٰ لَهُ بِهَا وَالْوَلَدُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، **وَكَذَا فِي أَخَوَاتِهَا**. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ بِإِيجَابِهِ فِي الْكَلَامِ الثَّانِي تَبَيَّنَ أَنَّ مُرَادَهُ مِنْ الْكَلَامِ الْأَوَّلِ إِيجَابُ الْأَمَةِ لِلْمُوصَىٰ لَهُ بِهَا دُونَ الْوَلَدِ، وَهَذَا الْبَيَانُ مِنْهُ صَحِيحٌ وَإِنْ كَانَ مَفْصُولًا لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تُلْزِمُ شَيْئًا فِي حَالِ حَيَاةِ الْمُوصِي فَكَانَ الْبَيَانُ الْمَفْصُولُ فِيهِ وَالْمَوْصُولُ سَوَاءً كَمَا فِي وَصِيَّةِ الرَّقَبَةِ وَالْخِدْمَةِ.

لمحمد أَنَّ اسْمَ الْخَاتَمِ يَتَنَاوَلُ الْحَلْقَةَ وَالْفَصَّ. وَكَذَلِكَ اسْمُ الْجَارِيَةِ يَتَنَاوَلُهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا. وَاسْمُ الْقَوْصَرَةِ كَذَلِكَ، وَمِنْ أَصْلِنَا أَنَّ الْعَامَّ الَّذِي مُوجِبُهُ ثُبُوتُ الْحُكْمِ عَلَىٰ سَبِيلِ الْإِحَاطَةِ بِمَنْزِلَةِ الْخَاصِّ فَقَدْ اجْتَمَعَ فِي الْفَصِّ وَصِيَّتَانِ وَكُلٌّ مِنْهُمَا وَصِيَّةٌ بِإِيجَابٍ عَلَىٰ حِدَةٍ فَيُجْعَلُ الْفَصُّ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَلَا يَكُونُ إِيجَابُ الْوَصِيَّةِ فِيهِ لِلثَّانِي رُجُوعًا عَنْ الْأَوَّلِ، كَمَا إِذَا أَوْصَىٰ لِلثَّانِي بِالْخَاتَمِ،

والمرادُ مِنَ الفصلِ: أنْ يكونَ الإيجابانِ[1] بدفعتَيْنِ، وبهِ صَرَّحَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ في كتابِ «نُكَتِ الوَصَايَا».

قَوْلُهُ: (وَكَذَا فِي أَخَوَاتِهَا)، أيْ: أخواتِ مسألةِ الوَصِيَّةِ بالأَمَةِ لرَجُلٍ، وبما في بطنِهَا لآخَرَ.

وأرادَ بأخواتِهَا: مسألةَ الخاتَمِ معَ الفَصِّ، ومسألةَ القَوْصَرَّةِ معَ التَّمْرِ، ومسألةَ الشاةِ معَ الصُّوفِ، ومسألةَ الدارِ معَ البناءِ، ومسألةَ السيفِ والحِلْيةِ، والبُسْتَانُ والثَّمَرُ مثْلُ ذلكَ، والأرضُ والنخْلُ مِثْلُ ذلكَ، وكلُّ شيءٍ يُشْبِهُ هذا ممَّا يكونُ الاسمُ في الوَصِيَّةِ تامًّا، فالوَصِيَّةُ الثانيةُ بمنزلةِ الاسْتِثْنَاءِ. كذا قالَ الكَرْخِيُّ ﷺ في [٨/٣٢١و/م] «مُخْتَصَرِهِ» وليسَ بداخلٍ وصيَّةُ العبدِ معَ الخِدْمَةِ في الأخواتِ، وقدْ مَرَّ بيانُ ذلكَ.

(١) وقع بالأصل: «الإيجابين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

بِخِلَافِ الْخِدْمَةِ مَعَ الرَّقَبَةِ لِأَنَّ اسْمَ الرَّقَبَةِ لَا يَتَنَاوَلُ الْخِدْمَةَ وَإِنَّمَا يَسْتَخْدِمُهُ الْمُوصَىٰ لَهُ بِحُكْمِ أَنَّ الْمَنْفَعَةَ حَصَلَتْ عَلَىٰ مِلْكِهِ، فَإِذَا أَوْجَبَ الْخِدْمَةَ لِغَيْرِهِ لَا يَبْقَىٰ لِلْمُوصَىٰ لَهُ فِيهِ حَقٌّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْكَلَامُ مَوْصُولًا لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلُ التَّخْصِيصِ وَالِاسْتِثْنَاءِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَوْجَبَ لِصَاحِبِ الْخَاتَمِ الْحَلْقَةَ خَاصَّةً دُونَ الْفَصِّ.

وَمَنْ أَوْصَىٰ لِآخَرَ بِثَمَرَةِ بُسْتَانِهِ، ثُمَّ مَاتَ وَفِيهِ ثَمَرَةٌ؛ فَلَهُ هَذِهِ الثَّمَرَةُ وَحْدَهَا، وَإِنْ قَالَ لَهُ: ثَمَرَةُ بُسْتَانِي أَبَدًا؛ فَلَهُ هَذِهِ الثَّمَرَةُ، وَثَمَرَتُهُ فِيمَا يَسْتَقْبِلُ مَا عَاشَ، وَإِنْ أَوْصَىٰ لَهُ بِغَلَّةِ بُسْتَانِهِ؛ فَلَهُ الْغَلَّةُ الْقَائِمَةُ، وَغَلَّتُهُ فِيمَا يَسْتَقْبِلُ.

غاية البيان

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِآخَرَ بِثَمَرَةِ بُسْتَانِهِ، ثُمَّ مَاتَ وَفِيهِ ثَمَرَةٌ؛ فَلَهُ هَذِهِ الثَّمَرَةُ وَحْدَهَا، وَإِنْ قَالَ لَهُ: ثَمَرَةُ بُسْتَانِي أَبَدًا؛ فَلَهُ هَذِهِ الثَّمَرَةُ، وَثَمَرَتُهُ فِيمَا يَسْتَقْبِلُ مَا عَاشَ، وَإِنْ أَوْصَىٰ لَهُ بِغَلَّةِ بُسْتَانِهِ؛ فَلَهُ الْغَلَّةُ الْقَائِمَةُ، وَغَلَّتُهُ فِيمَا يَسْتَقْبِلُ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**»[1].

والفرقُ بينَ الغَلَّةِ والثَّمَرَةِ: في أنَّ الغَلَّةَ تتناوَلُ الموجودَ والحادثَ جميعًا، سواءٌ ذَكَرَ لفْظَ الأبدِ أوْ لمْ يَذْكُرْ، والثَّمَرَةُ تتناوَلُ الموجودَ لا الحادثَ، إلَّا إذا ذَكَرَ الأبَدَ، فحينئذٍ يتناولُ الحادثَ أيضًا، وهو أنَّ اسمَ الغَلَّةِ حقيقةٌ للموجودِ والحادثِ جميعًا؛ لأنَّ الغَلَّةَ اسمٌ لِمَا يَدِرُّ وقتًا دونَ وَقْتٍ.

يُقالُ: غَلَّةُ الدارِ، وغَلَّةُ الحانوتِ، ويُرَادُ بِهِ ذلكَ، فعندَ الإطلاقِ ينصرفُ إلىٰ الموجودِ والحادثِ جميعًا القائمِ وَقْتَ الموتِ، والثَّمَرَةُ عندَ الإطلاقِ يتناوَلُ الموجودَ، ولا يتناولُ غيرَهُ إلَّا بدليلٍ، فإذا قالَ: أبدًا، أوْ ما عاشَ[2] عَلِمْنَا أنَّهُ أرادَ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٢٧].

(٢) وقع بالأصل: «أو ماش». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

وَالْفَرْقُ أَنَّ الثَّمَرَةَ اسْمٌ لِلْمَوْجُودِ [٢٩٤/و] عُرْفًا فَلَا يَتَنَاوَلُ الْمَعْدُومَ إِلَّا بِدَلَالَةٍ زَائِدَةٍ، مِثْلُ التَّنْصِيصِ عَلَى الْأَبَدِ لِأَنَّهُ لَا يَتَأَبَّدُ إِلَّا بِتَنَاوُلِ الْمَعْدُومِ وَالْمَعْدُومُ مَذْكُورٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَيْئًا، أَمَّا الْغَلَّةُ فَتَنْتَظِمُ الْمَوْجُودَ وَمَا يَكُونُ بِعَرَضِ الْوُجُودِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى عُرْفًا، يُقَالُ فُلَانٌ يَأْكُلُ مِنْ غَلَّةِ بُسْتَانِهِ وَمِنْ غَلَّةِ أَرْضِهِ وَدَارِهِ، فَإِذَا أُطْلِقَتْ يَتَنَاوَلُهُمَا عُرْفًا غَيْرَ مَوْقُوفٍ عَلَى دَلَالَةٍ أُخْرَى. أَمَّا الثَّمَرَةُ إِذَا أُطْلِقَتْ لَا يُرَادُ بِهَا إِلَّا الْمَوْجُودُ فَلِهَذَا يَفْتَقِرُ الِانْصِرَافُ إِلَى دَلِيلٍ زَائِدٍ.

غاية البيان

بِهِ الموجودَ والحادثَ جميعًا، فينصرفُ إليهِمَا.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله: «وإذا أَوْصَى بِثَمَرَةِ بستانِهِ، وفي البُسْتَانِ ثَمَرَةٌ وَقْتَ الموتِ؛ فإنَّما لهُ الثَّمَرَةُ الموجودةُ خاصَّةً، وليسَ هذا كالغَلَّةِ إذا أَوْصَى بِغَلَّةِ بستانِهِ وفي البُسْتَانِ ثَمَرَةٌ، فلهُ الغَلَّةُ الموجودةُ وما يَحْدُثُ؛ لأنَّ الغَلَّةَ اسمٌ عامٌّ والثَّمَرَةَ اسمٌ خاصٌّ؛ لأنَّ اسمَ الغَلَّةِ يقعُ على الثَّمَرَةِ وعلى غيرِهَا، فمتَى خرَجَ الكلامُ مَخْرَجَ العمومِ انصرفَتْ إلى الموجودِ وما يَحْدُثُ.

وأمَّا إذا سمَّى الثَّمَرَةَ: فإنَّ الثَّمَرَةَ اسمٌ خاصٌّ، فانصرفَتِ الوَصِيَّةُ إلى الثَّمَرِ الخاصِّ، وهو الثَّمَرُ الموجودُ، فإنْ لمْ يكنْ في البُسْتَانِ ثَمَرَةٌ وَقْتَ الموتِ؛ فإنَّ في القياسِ لا شيءَ له، وفي الاستحسانِ [٣/٥٤٩و]: لهُ ثَمَرَةُ [البُسْتَانِ في][1] المُسْتأنَفِ أبدًا».

[أمَّا][1] وَجْهُ القياسِ: فإنَّ[2] الثَّمَرَ لَمَّا كانَ اسمًا خاصًّا لا يقعُ على المُسْتأنَفِ إلَّا أنْ يُسمَّى.

وأمَّا وَجْهُ الاستحسانِ: لوْ لمْ يدخلْ فيه ثَمَرَةُ البُسْتَانِ بَطَلَ كلامُ المُوصِي، ولوْ دخَلَ فيه صحَّ كلامُهُ، والكلامُ إذا احتملَ الصحةَ والفسادَ حُمِلَ على الصحةِ،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) وقع بالأصل: «إن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

وَمَنْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِصُوفِ غَنَمِهِ أَبَدًا، أَوْ بِأَوْلَادِهَا، أَوْ بِلَبَنِهَا، ثُمَّ مَاتَ؛ فَلَهُ مَا فِي بُطُونِهَا مِنَ الْوَلَدِ، وَمَا فِي ضُرُوعِهَا مِنَ اللَّبَنِ، وَمَا عَلَىٰ ظُهُورِهَا مِنَ الصُّوفِ يَوْمَ يَمُوتُ الْمُوصِي سَوَاءٌ قَالَ: أَبَدًا أَوْ لَمْ يَقُلْ؛ لِأَنَّهُ إِيجَابٌ عِنْدَ الْمَوْتِ فَيُعْتَبَرُ قِيَامُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ يَوْمَئِذٍ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

۞ غاية البيان ۞

كما قالُوا فيمنْ أوْصَىٰ لولدِ فلانٍ، وليسَ لهُ ولدٌ: جازَتِ الوَصِيَّةُ لولدِ ولدِهِ، فكذلكَ هاهُنَا.

قوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِصُوفِ غَنَمِهِ أَبَدًا، أَوْ بِأَوْلَادِهَا، أَوْ بِلَبَنِهَا، [ثُمَّ مَاتَ][1]؛ فَلَهُ مَا فِي بُطُونِهَا مِنَ الْوَلَدِ [٨/٣٢١ظ/م]، وَمَا فِي ضُرُوعِهَا مِنَ اللَّبَنِ، وَمَا عَلَىٰ ظُهُورِهَا مِنَ الصُّوفِ يَوْمَ يَمُوتُ الْمُوصِي سَوَاءٌ قَالَ: أَبَدًا أَوْ لَمْ يَقُلْ)، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[2].

والفرقُ بينَ هذهِ المسألةِ ـ حيثُ لا يتناوَلُ الحادثَ وإنْ ذكَرَ الأبدَ ـ وبينَ ما تقدَّمَ [مِنَ الوَصِيَّةِ][3] بِثَمَرَةِ البُسْتَانِ إذا ذكَرَ الأبدَ يقعُ علىٰ الحادثِ أيضًا، وكذا الوَصِيَّةُ بِالغَلَّةِ يقعُ علىٰ الحادثِ أيضًا ذكَرَ الأبدَ أوْ لمْ يذْكُرْ ـ: هو أنَّ القياسَ يأبَىٰ تمليكَ المعدومِ مِنْ هذهِ الأشياءِ؛ لأنَّ المعدومَ لا يقْبَلُ التمليكَ، والحادثُ منها متولِّدٌ مِنْ أصلٍ مملوكٍ للوارثِ، فيكونُ لهُ، إلَّا أنَّ استحقاقَ الغَلَّةِ المعدومةِ والثَّمَرَةِ المعدومةِ جازَ شرعًا بعَقْدٍ مِنَ العقودِ، كَالْإِجَارَةِ والمُعاملةِ، فجازَ استحقاقُها بالوَصِيَّةِ أيضًا؛ لأنَّ بابَ الوَصِيَّةِ أوْسَعُ مِنْ غيرِهَا.

فأمَّا الصُّوفُ المعدومُ والولدُ واللَّبَنُ المعدومانِ: لا يَصِحُّ استحقاقُهَا [أصلًا][4]

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٢٧].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

وَالْفَرْقُ أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَىٰ تَمْلِيكَ الْمَعْدُومِ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الْمِلْكَ، إلَّا أَنَّ فِي الثَّمَرَةِ وَالْغَلَّةِ الْمَعْدُومَةِ جَاءَ الشَّرْعُ بِوُرُودِ الْعَقْدِ عَلَيْهَا كَالْمُعَامَلَةِ وَالْإِجَارَةِ، فَاقْتَضَىٰ ذَلِكَ جَوَازَهُ فِي الْوَصِيَّةِ بِالطَّرِيقِ الْأَوْلَىٰ لِأَنَّ بَابَهَا أَوْسَعُ.

غاية البيان

بعَقْدٍ ما، فلمْ يصحَّ استحقاقُهَا بعَقْدِ الوَصِيَّةِ أيضًا.

فأمَّا الموجودُ مِنْ هذِهِ الأشياءِ: يجوزُ استحقاقُهَا بعَقْدِ البيعِ تبعًا، وبعَقْدِ الخُلْعِ مَقْصُودًا، فجازَ بعَقْدِ الْإِيصَاءِ أيضًا.

وقالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ في كتابِ «نُكَتِ الوَصَايَا»: «ولوْ أوْصَىٰ بصوفِ غَنَمِهِ جازتِ الوَصِيَّةُ إذا كانَ علىٰ ظَهْرِهَا صُوفٌ وَقْتَ موتِ المُوصِي؛ لأنَّهُ يَجْرِي فيه الميراثُ، فكذلكَ تجوزُ فيه الوَصِيَّةُ، ولوْ أوْصَىٰ بالصُّوفِ الَّذِي يحْدُثُ بعدَ موتِهِ فإنَّهُ لا يجوزُ، وليسَ الصُّوفُ واللَّبَنُ بمنزلةِ الثَّمَرَةِ».

قالَ: «قالَ: وهذا والغَلَّةُ في القياسِ سواءٌ، ولكنْ أستَحْسِنُ وأدَعُ القياسَ فيه».

ثُمَّ قالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ: «ولمْ يُبَيِّنْ جوابَ القياسِ كيفَ هو؟ فاحتملَ أنَّ في القياسِ: الغَلَّةُ والصُّوفُ سواءٌ، أنَّ الوَصِيَّةَ لا تجوزُ فيما يحْدُثُ بعدَ الموتِ، واحتملَ أنَّ في القياسِ: تجوزُ الوَصِيَّةُ فيهِمَا جميعًا.

فأمَّا وَجْهُ القياسِ: أنَّ الوَصِيَّةَ لا تجوزُ فيما يَحْدُثُ بعدَ الموتِ في هذِهِ الأشياءِ كلِّهَا؛ لأنَّهُ لَمَّا ماتَ صارَ مِلْكُهُ لورثتِهِ، فقدْ حَدَثَ الغَلَّةُ والصُّوفُ علىٰ مِلْكِ الوَرَثَةِ، فصارَتِ الوَصِيَّةُ في مِلْكِ غيرِهِ، والوَصِيَّةُ في مِلْكِ غيرِهِ باطلٌ.

وأمَّا القياسُ الَّذِي نقولُ: يجوزُ في ذلكَ كلِّهِ؛ لأنَّ الوَرَثَةَ قدْ ملكُوا ذلكَ بالمالِ مشغولًا بحقِّ الوَصِيَّةِ، فلوْ أنَّهُ جَعَلَ رقبةَ البُسْتَانِ أوْ رقبةَ الغنَمِ للمُوصَىٰ لهُ جازَ ذلكَ إذا خرَجَ مِنَ الثلثِ، كذلكَ إذا أوْصَىٰ بما تولَّدَ منهُ جازَ ذلكَ.

وأمَّا في الاستحسانِ يُقالُ: إذا أوْصَىٰ بالغَلَّةِ أوِ الثَّمَرَةِ جازَتِ الوَصِيَّةُ فيما يحْدُثُ

....

بعدَ موتِهِ، ولا يجوزُ في [٣/٥٤٩ظ] [٨/٣٢٢و/م] الصُّوفِ واللَّبَنِ والولدِ، إلَّا أنْ يكونَ موجودًا وَقْتَ الموتِ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ بِالثَّمَرَةِ والغَلَّةِ له[1] نظيرٌ مِنَ العقودِ في الحياةِ.

[وأمَّا اللَّبَنُ والصُّوفُ: فلا نظيرَ لها مِنَ العقودِ في الحياةِ][2]، ألَا ترىٰ أنَّ المُعاملةَ تجوزُ في الثَّمَرِ الَّذِي يَحْدُثُ في المُسْتأنفِ، ولا تجوزُ في الصُّوفِ واللَّبَنِ والولدِ، فكذلكَ الوَصِيَّةُ».

والحاصلُ هنا: ما قالهُ الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ» رحمه الله فقالَ: «وإذا أوْصَىٰ بِغَلَّةِ بستانِهِ أوْ بِغَلَّةِ عَبْدِهِ؛ فهذا علىٰ ثلاثةِ أوْجُهٍ: في وَجْهٍ: الوَصِيَّةُ تقَعُ علىٰ الموجودِ، ولا تقَعُ علىٰ الحادثِ، سواءٌ ذكَرَ المُوصِي لفظَ «الأبدِ»، أوْ لَمْ يَذْكُرْ. وفي وَجْهٍ: يقعُ علىٰ الموجودِ والحادثِ جميعًا، ذكَرَ «الأبدَ»، أوْ لَمْ يَذْكُرْ، وفي وَجْهٍ: إنْ ذكَرَ «الأبدَ» يقعُ علىٰ الحادِثِ والموجودِ جميعًا، وإنْ لمْ يَذْكَرْ «الأبدَ» يُنْظَرُ: إنْ كانَ الثَّمَرُ موجودًا يُقْتَصَرُ علىٰ ذلكَ الموجودِ، وإنْ لَمْ يكنْ موجودًا يَقَعُ علىٰ المُسْتَحْدثِ، وصارَ [هذا][3] كما لوْ ذَكَرَ الأبدَ.

أمَّا الوجهُ الأوَّلُ: فهو أنْ يُوصِيَ لهُ بما في بطْنِ دابتِهِ، أوْ بما في بطْنِ جاريتِهِ، أوْ بما في ضَرْعِ غنَمِهِ، أوْ بقَرَتِهِ، أوْ بما علىٰ ظَهْرِ غنَمِهِ مِنَ الصُّوفِ، فهذا كلُّهُ يقعُ علىٰ الموجودِ، إنْ كانَ وَقْتَ الموتِ موجودًا جازَتِ الوَصِيَّةُ، وإنْ كانَ وَقْتَ الموتِ معدومًا بطلَتِ الوَصِيَّةُ، ولا تقعُ علىٰ الحادثِ.

وأمَّا الوجهُ الَّذِي يقعُ علىٰ الحادثِ والموجودِ جميعًا ذكَرَ «الأبدَ» أوْ لَمْ يَذْكُرْ: فهو كما إذا [أوْصَىٰ][3] بِغَلَّةِ بستانِهِ، أوْ بِغَلَّةِ أرْضِهِ، أوْ بِغَلَّةِ أشجارِهِ، أوْ

---

(١) وقع بالأصل: «له». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن».
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

أَمَّا الْوَلَدُ الْمَعْدُومُ وَأُخْتَاهُ فَلَا يَجُوزُ إِيرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهَا أَصْلًا، وَلَا تُسْتَحَقُّ بِعَقْدِ مَا، فَكَذَلِكَ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْوَصِيَّةِ، بِخِلَافِ الْمَوْجُودِ مِنْهَا لِأَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهَا بِعَقْدِ الْبَيْعِ تَبَعًا وَبِعَقْدِ الْخُلْعِ مَقْصُودًا، فَكَذَا بِالْوَصِيَّةِ، والله تعالى أعلم.

غاية البيان

بِغَلَّةِ عَبْدِهِ، أوْ بسُكْنىٰ دارِهِ، أوْ بخدمةِ عَبْدِهِ، فهذا كلُّهُ يقعُ علىٰ الحادثِ والموجودِ جميعًا، ويقعُ ذلكَ علىٰ الأبدِ، وتكونُ الغَلَّةُ والخِدْمَةُ والسُّكْنَىٰ للمُوصَىٰ لهُ ما دامَ حيًّا، فإذا ماتَ المُوصَىٰ لهُ لا يكونُ مَوْرُوثًا عنهُ، وتَبْطُلُ وصيتُهُ، ويعودُ ذلكَ إلىٰ ورثةِ المُوصِي، ويُعْتَبَرُ هاهُنا خروجُ البُسْتَانِ، وخروجُ الدارِ والعبدِ مِنَ الثلثِ، فإنْ كانَ يخرجُ مِنَ الثلثِ كانَ لهُ غَلَّتُهُ وخِدْمتُهُ وسُكْناهُ، وإنْ كانَ لا يخْرُجُ فبِقَدْرِ ما يخْرُجُ يكونُ لهُ غَلَّتُهُ وخِدْمتُهُ وسُكْناهُ.

وأمَّا الوجهُ الثالثُ: فهو ما إذا أوْصَىٰ بِثَمَرَةِ بستانِهِ، أوْ بِثَمَرَةِ أرْضِهِ، يُنْظَرُ: إنْ ذَكَرَ لفظَ «الأبدِ» وقَعَ علىٰ الحادثِ والموجودِ جميعًا، وإنْ لَمْ يَذْكُرِ «الأبدَ» فإنْ كانَ هناكَ ثَمَرَةٌ موجودةٌ فإنَّهُ يقتصرُ علىٰ تلكَ الثَّمَرَةِ الموجودةِ، وإنْ لمْ يكنْ هناكَ ثَمَرَةٌ موجودةٌ فالقياسُ أنْ تَبْطُلَ كما ذَكَرْنا في الصُّوفِ واللَّبَنِ والولدِ.

وفي **الاستحسانِ**: يقَعُ علىٰ الحادثِ، ويصيرُ كما لوْ ذكَرَ [٨/٣٢٢ظ/م] الأبدَ، والمُوصَىٰ لهُ ما دامَ حيًّا فما يَحْدُثُ مِنَ الثمارِ يكونُ لهُ، فإذا ماتَ بطلَتْ وصيَّتُهُ، وعادَ إلىٰ ورثةِ الميتِ، والثمارُ القائمةُ تكونُ مَوْرُوثةً عنهُ[1]. كذا ذَكَرَ في **«شرحِ الطَّحَاوِيِّ** ﷺ».

قَوْلُهُ: (وَأُخْتَاهُ)، أيْ: أُخْتَا الولدِ المعدومِ، وهما الصُّوفُ المَعْدومُ، واللَّبَنُ المعدومُ.

واللهُ تعالَىٰ أعلمُ بالصوابِ.

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجابِيِّ [ق/٣١٧].

بَابُ
وَصِيَّةِ الذِّمِّيِّ

قَالَ: وَإِذَا صَنَعَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ بِيعَةً أَوْ كَنِيسَةً فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ مَاتَ فَهُوَ مِيرَاثٌ؛ لِأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْوَقْفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالْوَقْفُ عِنْدَهُ يُورَثُ وَلَا يَلْزَمُ فَكَذَا هَذَا. وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ هَذِهِ مَعْصِيَةٌ فَلَا تَصِحُّ عِنْدَهُمَا.

غاية البيان

[٢/٥٥٠و]

بَابُ
وَصِيَّةِ الذِّمِّيِّ

ذكَرَ وصيةَ الذِّمِّيِّ بعدَ وصيَّةِ المسلمِ؛ لأنَّ الكفارَ مُلْحَقُونَ بالمسلمينَ في أحكامِ المعاملاتِ بطريقِ التبعيَّةِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا صَنَعَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ بِيعَةً أَوْ كَنِيسَةً فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ مَاتَ فَهُوَ مِيرَاثٌ)، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[1].

وهذا قولُهُمْ جميعًا، ولكنْ على الاختلافِ في المذهبَيْنِ، أمَّا عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵁: فلأنَّ مُسلمًا لوْ وقَفَ أرضًا في حياتِهِ ثُمَّ ماتَ صارَ ميراثًا، فكذلكَ هذا؛ لأنَّ الوقفَ ليسَ بلازمٍ حالةَ الحياةِ، بخلافِ ما إذا كانَ مُضافًا إلى ما بعدَ الموتِ[2]، ولا يُجْعَلُ هذا كما إذا جَعَلَ دارَهُ مسجدًا وسَلَّمَهُ إلى المُتوَلِّي؛ حيثُ لا يكونُ ميراثًا؛ لأنَّ المَسْجِدَ قدْ خرَجَ مِنْ منافعِ الآدَمِيِّينَ وصارَ مُحَرَّرًا للهِ تعالى.

وأمَّا البِيعَةُ: فلَمْ تخْرُجْ مِنْ منافعِهِمْ؛ لأنَّهُ يسْكُنُ فيهَا أساقِفَتُهُمْ، ويُدْفَنُ فيهَا موتاهُمْ، فصارَ ذلكَ كالوقفِ مِنَ المسلمينَ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٢٧].

(٢) بأنْ يقول: إذا متُّ فقد أوقفتُ داري على كذا. كذا جاء في حاشية: «م».

ولو أَوْصَىٰ بِذَلِكَ لِقَوْمٍ مُسَمَّيْنَ؛ فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ مَعْنَاهُ إِذَا أَوْصَىٰ أَنْ تُبْنَىٰ دَارُهُ بِيعَةً أَوْ كَنِيسَةً فَهُوَ جَائِزٌ مِنْ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ فِيهَا مَعْنَىٰ الِاسْتِخْلَافِ وَمَعْنَىٰ التَّمْلِيكِ، وَلَهُ وِلَايَةُ ذَلِكَ فَأَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ عَلَىٰ اعْتِبَارِ الْمَعْنَيَيْنِ.

قَالَ: وَإِنْ أَوْصَىٰ بِدَارِهِ كَنِيسَةً لِقَوْمٍ غَيْرِ مُسَمَّيْنَ؛ جَازَتِ الْوَصِيَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وقال أبو يوسف ومحمد: الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّ هَذِهِ مَعْصِيَةٌ حَقِيقَةً وَإِنْ كَانَ فِي مُعْتَقَدِهِمْ قُرْبَةٌ، وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَعْصِيَةِ بَاطِلَةٌ لِمَا فِي تَنْفِيذِهَا مِنْ تَقْرِيرِ الْمَعْصِيَةِ.

غاية البيان

وأمَّا عندهُمَا: فإنَّمَا يُورَثُ؛ لأنَّ الإِيصَاءَ بما [لا][1] يكونُ قُرْبةً مِنَ المسلمينَ لا يصحُّ عندهُمَا؛ لأنَّهُ معصيةٌ، فهذا أَوْلَىٰ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ بِذَلِكَ لِقَوْمٍ مُسَمَّيْنَ؛ فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ)، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[2].

يعنِي: إذا أَوْصَىٰ بأنْ تُبْنَىٰ دارُهُ بِيعَةً أَوْ كنيسةً؛ فهو جائزٌ مِنَ الثلثِ؛ وذلكَ لأنَّ الوَصِيَّةَ لقومٍ بأعيانِهِمْ تمليكٌ، والذِّمِّيُّ يَمْلِكُ ذلكَ، كما لوْ أَوْصَىٰ بغيرِ البِيعَةِ والكَنِيسَةِ، وإذا صارَ مِلْكًا لهمْ يصنعونَ بهِ ما شاءُوا.

قَوْلُهُ: (عَلَىٰ اعْتِبَارِ الْمَعْنَيَيْنِ)، أيْ: معْنَىٰ الاستخلافِ ومعْنَىٰ التمَلُّكِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِنْ أَوْصَىٰ بِدَارِهِ كَنِيسَةً لِقَوْمٍ غَيْرِ مُسَمَّيْنَ؛ جَازَتِ الْوَصِيَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ).

اعلمْ: أنَّ الذِّمِّيَّ إذا أَوْصَىٰ ببناءِ [بِيعَةٍ أَوْ][3] كنيسةٍ، أَوْ بيتِ نارٍ، فإنْ كانتْ لقومٍ بأعيانِهِمْ؛ صحَّتِ بالاتفاقِ، وقدْ مَرَّ بيانُهُ آنفًا، وإنْ كانَتْ لقومٍ بغيرِ أعيانِهِمْ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٢٨].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

وله أَنَّ هَذِهِ قُرْبَةٌ فِي مُعْتَقَدِهِمْ وَنَحْنُ أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ فَتَجُوزُ بِنَاءً عَلَىٰ اعْتِقَادِهِمْ؛ أَلَا يُرَىٰ أَنَّهُ لَوْ أَوْصَىٰ بِمَا هُوَ قُرْبَةٌ حَقِيقَةً مَعْصِيَةٌ [٢٩٤/ط] فِي مُعْتَقَدِهِمْ لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ اعْتِبَارًا لِاعْتِقَادِهِمْ فَكَذَا عَكْسُهُ.

ثُمَّ الْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ بِنَاءِ الْبِيعَةِ وَالْكَنِيسَةِ وَبَيْنَ الْوَصِيَّةِ بِهِ أَنَّ الْبِنَاءَ نَفْسُهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِزَوَالِ مِلْكِ الْبَانِي[1].

غاية البيان

جازَتْ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ خلافًا لهمَا.

لَهُمَا: أنَّ هذِهِ وصيَّةٌ بالمعصيةِ، فلا يجوزُ تصحيحُهَا؛ لأنَّ في تصحيحِهَا تقريرُ المعصيةِ، وإنَّهَا حرامٌ.

ولأبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّا أُمِرْنا بتَرْكِهِمْ وما يَدِينونَ، كما في الخَمْرِ والخِنْزِيرِ، حيثُ يجوزُ بَيْعُهُمْ فيمَا بينهُمْ؛ لأنَّهُمْ يَدِينونَ [٣٢٣/٨و/م] جوازَ ذلكَ، وهمْ يَدِينونَ جوازَ الْإِيصَاءِ ببناءِ البِيعَةِ والكَنِيسَةِ، فيجوزُ ذلكَ بناءً علىٰ اعتقادِهِمْ، أَلَا ترَىٰ أنَّ الشيءَ الَّذِي هو قُرْبةٌ [عندنَا يكونُ الْإِيصَاءُ بِهِ باطلًا، إذا لَمْ يكنْ ذلكَ قُرْبةً عندهُمْ بناءً على اعتقادِهِمْ، كَالْإِيصَاءِ بِالحَجِّ، والَّذِي][2] هو قُرْبةٌ عندهُمْ، ومعصيةٌ عندنَا: ينبغِي أنْ يجوزَ أيضًا بناءً علىٰ اعتقادِهِمْ، كما في بيعِ الخَمْرِ والخِنْزِيرِ فيمَا بينهُمْ؛ لأنَّ ذلكَ جائزٌ في أحكامِهِمْ، فكذلكَ هذا.

ثُمَّ الفرقُ لأبي حَنِيفَةَ ﷺ بينَ بناءِ البِيعَةِ والكَنِيسَةِ ـ فإنَّ الذِّمِّيَّ إذا بَنَىٰ ذلكَ ثُمَّ ماتَ يُورَثُ، وبينَ الْإِيصَاءِ ببناءِ ذلكَ، فإنَّهُ إذا ماتَ لا يُورَثُ ـ: هو أنَّ البناءَ ليسَ [٣/٥٠٠ظ] بسببٍ لزوالِ المِلْكِ، وإنَّمَا يزولُ المِلْكُ بالبناءِ إذا كانَ مُحَرَّرًا للهِ تعالَىٰ كما في المَسْجِدِ، والكَنِيسَةُ ليستْ محرَّرةً للهِ تعالَىٰ.

---

(١) بالأصل: «الثاني».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

وَإِنَّمَا يَزُولُ مِلْكُهُ بِأَنْ يَصِيرَ مُحَرَّرًا خَالِصًا لِلَّهِ تَعَالَىٰ كَمَا فِي مَسَاجِدِ الْمُسْلِمِينَ، وَالْكَنِيسَةُ لَمْ تَصِرْ مُحَرَّرَةً لِلَّهِ تَعَالَىٰ حَقِيقَةً فَتَبْقَىٰ مِلْكًا لِلْبَانِي فَتُورَثُ عَنْهُ، وَلِأَنَّهُمْ يَبْنُونَ فِيهَا الْحُجُرَاتِ وَيَسْكُنُونَهَا فَلَمْ يَتَحَرَّرْ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْعِبَادِ بِهِ، وَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ يُورَثُ الْمَسْجِدُ أَيْضًا لِعَدَمِ تَحَرُّرِهِ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ وُضِعَ لِإِزَالَةِ الْمِلْكِ إِلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ ثُبُوتُ مُقْتَضَاهُ فِي غَيْرِ مَا هُوَ قُرْبَةٌ عِنْدَهُمْ فَبَقِيَ فِيمَا هُوَ قُرْبَةٌ عَلَىٰ مُقْتَضَاهُ فَيَزُولُ مِلْكُهُ فَلَا يُورَثُ.

غاية البيان

أَلَا تَرَىٰ أَنَّ أَساقِفَتَهُمْ ورُهْبانَهُمْ يَسْكُنُونَ فيهَا كما في الحُجراتِ، ويَدْفِنُونَ فيهَا موتاهُمْ، والمَسْجِدُ أيضًا إذا لمْ يكنْ خالصًا للهِ تعالىٰ يُورَثُ، كما إذا جعلَ دارَهُ مسجدًا وتحتَهُ سِردابٌ أوْ فوقَهُ بيتٌ، وقدْ مَرَّ ذلكَ في كتابِ الوقفِ، والوَصِيَّةُ سببٌ لزوالِ المِلْكِ؛ لأنَّها تمليكٌ مضافٌ إلىٰ ما بعدَ الموتِ، وإنَّما امتنعَ ثبوتُ مقتضَى الوَصِيَّةِ ـ وهو زوالُ المِلْكِ فيما ليسَ بقُرْبةٍ عندهُمْ ـ بناءً علىٰ اعتقادِهِمْ، فبَقِيَتِ الوَصِيَّةُ فيما هو عندهُمْ قُرْبةً علىٰ مُقتضاهَا، فزالَ مِلْكُهُ بالإِيصَاءِ ببناءِ البِيعَةِ أوِ الكَنِيسَةِ[1]، فلَمْ يكنْ ميراثًا.

قالَ في «الزياداتِ البرهانيَّةِ»: «قالَ مشايخُنا رحمهم الله هذا الجوابُ علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه إذا أوْصَىٰ ببناءِ بِيعَةٍ أوْ كنيسةٍ في القُرَىٰ، أمَّا إذا أوْصَىٰ بِهِ في الأمصارِ لا تَنفُذُ وصيَّتُهُ؛ لأنَّهُمْ يُمْنَعونَ عنْ إحداثِ الكنائسِ في الأمصارِ».

قَوْلُهُ: (لِأَنَّهُ وُضِعَ ...)، إلىٰ آخرِهِ، الضميرُ البارزُ [في][2]: (لِأَنَّهُ) والمُسْتترُ في: (وُضِعَ) والضميرُ البارزُ في (مُقْتَضَاهُ) في الموضعَيْنِ، والمُسْتترُ في قولِهِ: (فَبَقِيَ) كلُّ ذلكَ راجعٌ إلىٰ الوَصِيَّةِ بتأويلِ الإِيصَاءِ.

---

(١) وقع بالأصل: «الكَنِيسَة أو الكعبة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

ثُمَّ الْحَاصِلُ: أَنَّ وَصَايَا الذِّمِّيِّ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ:

مِنْهَا أَنْ تَكُونَ قُرْبَةً فِي مُعْتَقَدِهِمْ وَلَا تَكُونَ قُرْبَةً فِي حَقِّنَا وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَمَا إِذَا أَوْصَىٰ الذِّمِّيُّ بِأَنْ تُذْبَحَ خَنَازِيرُهُ وَتُطْعَمَ الْمُشْرِكِينَ، وَهَذِهِ عَلَىٰ الْخِلَافِ إِذَا كَانَ لِقَوْمٍ غَيْرِ مُسَمَّيْنَ كَمَا ذَكَرْنَاهُ وَالْوَجْهُ مَا بَيَّنَّاهُ.

وَمِنْهَا إِذَا أَوْصَىٰ بِمَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي حَقِّنَا وَلَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي مُعْتَقَدِهِمْ، كَمَا إِذَا أَوْصَىٰ بِالْحَجِّ أَوْ بِأَنْ يُبْنَىٰ مَسْجِدٌ لِلْمُسْلِمِينَ أَوْ بِأَنْ يُسْرَجَ فِي مَسَاجِدِ الْمُسْلِمِينَ، فَهَذِهِ الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ بِالْإِجْمَاعِ اعْتِبَارًا لِاعْتِقَادِهِمْ، إِلَّا إِذَا كَانَ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ لِوُقُوعِهِ تَمْلِيكًا لِأَنَّهُمْ مَعْلُومُونَ وَالْجِهَةُ مَشُورَةٌ[1].

غاية البيان

قَوْلُهُ: (ثُمَّ الْحَاصِلُ: أَنَّ وَصَايَا الذِّمِّيِّ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ).

قالُوا في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: وصايَا الذِّمِّيِّ علىٰ أربعةِ أقسامٍ:

الأَوَّلُ: أنْ يُوصِيَ بما هو معصيةٌ عندنَا، طاعةٌ عندهُمْ، كَالوَصِيَّةِ ببناءِ البِيعَةِ، أوِ الكَنِيسَةِ، أوْ بيتِ نارٍ، وهيَ مسألةُ «**الجامعِ الصغيرِ**»[2]، فإنْ كانتْ لقومٍ بأعيانِهِمْ؛ صحَّتْ بالإجماعِ، وإنْ كانتْ بغيرِ أعيانِهِمْ؛ فالمسألةُ علىٰ الاختلافِ الَّذِي ذكرناهُ، فتجوزُ الوَصِيَّةُ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ خلافًا لهُمَا، وقدْ مَرَّ بيانُ ذلكَ.

وجعلَ صاحبُ «**الهدايةِ** ﷺ» مِنْ هذا القسمِ: (**مَا إِذَا أَوْصَىٰ بِأَنْ تُذْبَحَ الخَنَازِيرُ** [٨/٣٢٣ظ/م]، **وَيُطْعَمَ الْمُشْرِكونَ**).

والثانِي: مَا إذا أوْصَىٰ بما هو طاعةٌ عندنَا، معصيةٌ عندهُمْ، كَالوَصِيَّةِ ببناءِ المَسْجِدِ للمسلمينَ، والإسراجِ في المَسَاجِدِ والحَجِّ، فإنْ كانتْ لقومٍ بأعيانِهِمْ

---

(١) بالأصل: «مستورة».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٢٨].

وَمِنْهَا إِذَا أَوْصَىٰ بِمَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي حَقِّنَا وَفِي حَقِّهِمْ، كَمَا إِذَا أَوْصَىٰ بِأَنْ يُسْرَجَ فِي بَيْتِ الْمَقْدِسِ أَوْ يُغْزَىٰ التَّرْكُ وَهُوَ مِنْ الرُّومِ، وَهَذَا جَائِزٌ سَوَاءٌ كَانَتْ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ أَوْ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمْ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَا هُوَ قُرْبَةٌ حَقِيقَةً وَفِي مُعْتَقَدِهِمْ أَيْضًا. وَمِنْهَا إِذَا أَوْصَىٰ بِمَا لَا يَكُونُ قُرْبَةً لَا فِي حَقِّنَا وَلَا فِي حَقِّهِمْ، كَمَا إِذَا أَوْصَىٰ لِلْمُغَنِّيَاتِ وَالنَّائِحَاتِ، فَإِنَّ هَذَا غَيْرُ جَائِزٍ لِأَنَّهُ مَعْصِيَةٌ فِي حَقِّنَا وَفِي حَقِّهِمْ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ فَيَصِحُّ تَمْلِيكًا وَاسْتِخْلَافًا، ....

ــــــــ غاية البيان ــــــــ

صحَّتْ، ويكونُ تمليكًا منهُمْ، وذِكْرُ (**الْجِهَةِ**)، أيْ: جهةِ الصرْفِ (**مَشُورَةٌ**)، أشارَ بها إليهِمْ، فإنْ شاءُوا فعلُوا، وإنْ شاءُوا تركُوا.

وإنْ كانُوا لا يُحْصَونَ لا تَصحُّ الوَصِيَّةُ؛ لأنَّهُ لا يُمْكِنُ تصحيحُهَا تمليكًا فتَبْطُلُ؛ لأنَّهَا ليستْ بطاعةٍ عندهُمْ؛ لأنَّهُمْ لا يتقرَّبُونَ بمِثْلِ هذا فيما بينهُمْ، بلْ يَعُدُّونَ ذلكَ فيما بينهمُ استهزاءً، فوقعَتْ وصيتُهُ إذَنْ علىٰ سبيلِ الهَزْلِ، والوَصِيَّةُ يُبْطِلُهَا الهَزْلُ.

والثالثُ: ما إذا أوْصَىٰ بما هو قُرْبةٌ عندنَا وعندهُمْ، كَالوَصِيَّةِ بِالصَّدَقَاتِ، وعِتْقِ الرقابِ، وإسْرَاجِ[1] بيتِ المقدسِ، وأنْ يُغْزَىٰ التُّرْكُ والدَّيْلَمُ؛ تصحُّ هذِهِ الوَصِيَّةُ، سواءٌ كانَتْ لقومٍ بأعيانِهِمْ، أوْ لقومٍ بغيرِ أعيانِهِمْ؛ لأنَّ الديانةَ مُتفقةٌ مِنَ الكلِّ علىٰ ذلكَ؛ لأنَّ هذا [٣/٥٥١و] أمْرٌ يَتَقَرَّبُ بِهِ المسلمونَ وأهلُ الذِّمَّةِ جميعًا.

والرابعُ: ما إذا أوْصَىٰ بما هو معصيةٌ عندنَا وعندهُمْ، كَالوَصِيَّةِ للمُغَنِّيَاتِ والنائِحاتِ والزَّانِياتِ، فإذا أوْصَىٰ لقومٍ بأعيانِهِمْ صحَّتْ، فيكونُ تمليكًا منهُمْ، وإنْ كانتْ لقومٍ لا يُحْصَونَ بَطَلَتْ؛ لأنَّ التمليكَ منَ المجهولِ لا يصحُّ ولا يُمْكِنُ تصحيحُهُ قُرْبةً؛ لأنَّهَا معصيةٌ عندَ الكُلِّ.

(١) وقع بالأصل: «سراج». والمثبت من: «ر».

وَصَاحِبُ الْهَوَىٰ إِنْ كَانَ لَا يَكْفُرُ فَهُوَ فِي حَقِّ الْوَصِيَّةِ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْلِمِينَ لِأَنَّا أُمِرْنَا بِبِنَاءِ الْأَحْكَامِ عَلَى الظَّاهِرِ، وَإِنْ كَانَ يَكْفُرُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمُرْتَدِّ فَيَكُونُ عَلَى الْخِلَافِ الْمَعْرُوفِ فِي تَصَرُّفَاتِهِ بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْهِ.

غاية البيان

قَوْلُهُ: (وَصَاحِبُ الْهَوَىٰ إِذَا كَانَ لَا يُكَفَّرُ فَهُوَ فِي حَقِّ الْوَصِيَّةِ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْلِمِ)، ذكرَهُ[1] تفريعًا على مسألةِ «الجامعِ الصغيرِ».

قالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ ﵀ في «زياداتِهِ[2]»: «والذي يعتقدُ شيئًا منَ الأهواءِ الَّتِي لا يُكَفَّرُ أَهلُهَا إذا كانَ ينتحِلُ الإسلامَ فإنَّهُ مِثْلُ المسلمِ في الوَصَايَا لظاهرِ الإسلامِ، وهمْ كالمنافقينَ على عهدِ النبيِّ ﷺ.

وأمَّا المرتدُّ والمرتدَّةُ: فإنهُمَا كأهْلِ الذِّمَّةِ عندَ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﵄، وعندَ أبي حَنِيفَةَ ﵀ المرتدُّ إذا لمْ يُسْلِمْ بَطَلَ وصاياهُ، وأمَّا المرتدَّةُ: كالذِّمِّيَّةِ عندَهُ أيضًا إِلَّا أنَّ محمدًا لمْ يَحْفَظِ النصَّ [عنهُ][3] في موضعِ الخلافِ في هذا الفصلِ». إلى هنا لفظُ فخرِ الإسلامِ ﵀.

وقالَ شمسُ الإسلامِ الأُوزْجَنْدِيُّ ﵀ في «زياداتِهِ[4]»: «وأمَّا المرتدُّ إذا أوصَىٰ فما يجوزُ مِنَ المسلمِ يجوزُ منه عندهُمَا، وعندَ أبي حَنِيفَةَ ﵀ يَتَوَقَّفُ: إنْ أسلَمَ نَفَذَ كسائرِ تصرفاتِهِ، وأمَّا ما لا يجوزُ مِنَ المسلمِ ويجوزُ مِنَ الذِّمِّيِّ فمِنْهُ باطلٌ، أمَّا عندهُمَا: فلا يجوزُ مِنَ الذِّمِّيِّ؛ لكونِهِ معصيةً، فمِنْه أَوْلَىٰ.

وعندَ أبي حَنِيفَةَ ﵀: لا فائِدَةَ في الوقفِ؛ لأنَّهُ إنْ أسلمَ بَطَلَ؛ لكونِهِ

(١) وقع بالأصل: «ذكر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) وقع بالأصل: «زيادته». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». والمراد به: «شرح الزيادات».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٤) وقع بالأصل: «زيادته». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». والمراد به: «شرح الزيادات».

وَفِي الْمُرْتَدَّةِ الْأَصَحُّ أَنَّهُ تَصِحُّ وَصَايَاهَا؛ لِأَنَّهَا تَبْقَى عَلَى الرِّدَّةِ، بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ لِأَنَّهُ يُقْتَلُ أَوْ يُسْلِمُ.

قَالَ: وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ، فَأَوْصَى لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ بِمَالِهِ كُلِّهِ؛ جَازَ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الْوَصِيَّةِ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ وَلِهَذَا تَنْفُذُ بِإِجَازَتِهِمْ،

غاية البيان

معصيةً، فإنْ قُتِلَ بَطَلَ.

وأمَّا المُرْتَدَّةُ [٨/٣٢٤و/م]: قالَ محمَّدٌ ﷺ: وصيتُهَا جائزةٌ إلَّا فيما يُتَقَرَّبُ بِهِ إلى اللهِ تعالَى لقومٍ بغيرِ أعيانِهِمْ، فإنَّا لا نحْفَظُ عنه شيئًا، يعنِي: تقَرَّبَتْ إلى اللهِ تعالَى في الدِّينِ الَّذِي انتقلَتْ إليهِ، وقياسُ قولِهِ أنْ تكونَ كالذِّمِّيَّةِ يجوزُ منهَا ما يجوزُ مِنَ الذِّمِّيَّةِ.

وعندهُمَا: الصحيحُ أنَّهَا كالذِّمِّيَّةِ، ووصيتُهَا في الخَمْرِ والخِنْزِيرِ لا تُعْرَفُ في قولِهِمَا». إلى هنا لفْظُ شمسِ الإسلامِ الأُوزْجَنْدِيِّ[1]، وهو تلميذُ شمسِ الأئمةِ السَّرْخَسِيِّ ﷺ.

قَوْلُهُ: (وَفِي الْمُرْتَدَّةِ الْأَصَحُّ أَنَّهُ تَصِحُّ وَصَايَاهَا؛ لِأَنَّهَا تَبْقَى عَلَى الرِّدَّةِ) ولا تُقْتَلُ، فصارتْ كالذِّمِّيَّةِ في صحةِ الوَصِيَّةِ، وقالَ: المرتدةُ لا تَصِحُّ وصيتُهَا بخلافِ الذِّمِّيَّةِ؛ لأنَّ الذِّمِّيَّةَ تُقَرُّ على اعتقادِهَا، والمرتدَّةُ لا تُقَرُّ على اعتقادِهَا؛ لأنَّهَا تُجْبَرُ على الإسلامِ بالحبسِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ، فَأَوْصَى لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ بِمَالِهِ كُلِّهِ؛ جَازَ)، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[2].

ومعْنَى هذا: أنَّ امتناعَ نفوذِ الوَصِيَّةِ فيما إذا زادَ على الثلثِ لحَقِّ الوَرَثَةِ؛

(١) هو: محمود بن عبد العزيز الأُوزْجَنْدِيُّ القاضي المُلقَّب شمس الإسلام. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٢٤].

وَلَيْسَ لِوَرَثَتِهِ حَقٌّ مَرْعِيٌّ لِكَوْنِهِمْ فِي دَارِ الْحَرْبِ إِذْ هُمْ أَمْوَاتٌ فِي حَقِّنَا، وَلِأَنَّ حُرْمَةَ مَالِهِ بِاعْتِبَارِ الْأَمَانِ، وَالْأَمَانُ كَانَ [٢٩٥/و] لِحَقِّهِ لَا لِحَقِّ وَرَثَتِهِ، وإن كَانَ أَوْصَىٰ بِأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أُخِذَتِ الْوَصِيَّةُ، ورَدّ الْبَاقِي عَلَىٰ وَرَثَتِهِ وَذَلِكَ مِنْ حَقِّ الْمُسْتَأْمَنِ أَيْضًا.

غاية البيان

ولهذا إذا أجازتِ[1] الوَرَثَةُ ذلكَ جازَ، وليسَ لورثةِ الحَرْبِيِّ[2] الذينَ في دارِ الحربِ حَقٌّ مَرْعِيٌّ عندنَا؛ لأنَّهُمْ كالأمواتِ في حقِّنَا، ولأنَّ ثبوتَ الحرمةِ في مالِ الحَرْبِيِّ بسببِ الأمانِ، والأمانُ وقَعَ لحَقِّهِ لا لحَقِّ ورثتِهِ، ومِنْ حقِّهِ تنفيذُ وصيتِهِ لا إبطالُهَا، هذا إذا لمْ يكنْ معهُ [٥٥١/٣ط] ورثتُهُ في دارِ الإسلامِ، فإنْ كانَ معهُ وارثٌ لَمْ تَجُزْ وصيتُهُ فيما زادَ علىٰ الثلثِ إلَّا بإجازةِ الوارثِ.

ألا تَرَىٰ إلىٰ ما ذَكَرَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ ﷺ في «شرحِ السِّيَرِ الكبيرِ»: «فإنْ كانَ وارثُ المُسْتَأمنِ معهُ بأمانٍ فينَا لَمْ تَجُزْ وصيتُهُ فيما زادَ علىٰ الثلثِ إلَّا بإجازةِ الوَرَثَةِ؛ لأنَّ حقَّ وارثِهِ هنَا مَرْعِيٌّ بسببِ الأمانِ كحَقِّهِ».

قالَ: «فإنْ كانَ لهُ وارثٌ[3] آخرُ مِنْ دارِ الحربِ شارَكَ الَّذِي كانَ حاضرًا في ميراثِهِ، ولَمْ يكنْ للمُوصَىٰ لهُ إلَّا الثلثُ؛ لأنَّهُ وصيتَهُ فيما زادَ علىٰ الثلثِ قدْ بَطَلَ؛ لعدمِ إجازةِ الوَرَثَةِ، فبَقِيَ ذلكَ مَوْرُوثًا عنهُ بينَ جميعِ ورثتِهِ»[4].

قَوْلُهُ: (وَلَوْ كَانَ أَوْصَىٰ بِأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أُخِذَتِ الْوَصِيَّةُ، وَيُرَدُّ الْبَاقِي عَلَىٰ وَرَثَتِهِ)، وهذه المسألةُ معَ ما بعدَهَا إلىٰ آخرِ البابِ ذُكِرَتْ علىٰ سبيلِ التفريعِ، وإنَّما

---

(١) وقع بالأصل: «جازت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٢) وقع بالأصل: «الحر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٣) وقع بالأصل: «كان الوارث». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح السِّيَر الكَبِير».
(٤) ينظر: «شرح السِّيَر الكَبِير» للسرخسي [٥/٢٣٢ ـ ٢٣٣].

وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عِنْدَ الْمَوْتِ أَوْ دَبَّرَ عَبْدَهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَذَلِكَ صَحِيحٌ مِنْهُ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الثُّلُثِ لِمَا بَيَّنَّا، وكذا لَوْ أَوْصَى لَهُ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ بِوَصِيَّةٍ جَازَ؛ لِأَنَّهُ مَا دَامَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَهُوَ فِي الْمُعَامَلَاتِ بِمَنْزِلَةِ الذِّمِّيِّ، وَلِهَذَا تَصِحُّ عُقُودُ التَّمْلِيكَاتِ مِنْهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَيَصِحُّ تَبَرُّعُهُ فِي حَيَاتِهِ فَكَذَا بَعْدَ مَمَاتِهِ.

غاية البيان

هيَ مِنْ مسألةِ «الأصلِ»[1].

قالَ في «شرحِ الكافي»: «وكانَ ذلكَ مُراعاةً لحَقِّ المُسْتَأمنِ أيضًا لا لحقِّ ورثتِهِ، فَمِنْ حقِّهِ تسليمُ مالِهِ إلىٰ ورثتِهِ إذا فرغَ عنْ حاجتِهِ وتصرُّفِهِ [٨/٣٢٤ظ/م]، والزيادةُ علىٰ مقدارِ ما أوْصَىٰ بِهِ فارغٌ عنْ ذلكَ»[2].

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ)، أي: أعتقَ الحَرْبِيُّ.

قَوْلُهُ: (لِمَا بَيَّنَّاهُ)، إشارةٌ إلىٰ قولِهِ: «لِأَنَّ امْتِنَاعَ[3] الوَصِيَّةِ الْوَصِيَّةِ بِمَا زَادَ عَلَىٰ الثُّلُثِ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ...» إلىٰ آخرِهِ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَوْصَىٰ لَهُ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ بِوَصِيَّةٍ جَازَ)، أيْ: أوْصَىٰ للحَرْبِيِّ الَّذِي دخلَ بأمانٍ.

قالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ رحمه الله في «شرحِ الكافي»: «وذكرَ في «الأمالي» أنَّ علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رحمهما الله لا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ مِنَ المسلمِ والذِّمِّيِّ للمُسْتأمنِ؛ لأنَّهُ وإنْ كانَ في دارِنَا صورةً فهو مِنْ أهلِ دارِ الحربِ حُكْمًا حتَّىٰ يتَمَكَّنَ مِنَ الرجوعِ إلىٰ دارِ الحربِ، ولا يتَمَكَّنُ مِنْ إطالةِ المقامِ في دارِ الإسلامِ، ووصيةُ[4]

---

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٥/٥٣٩/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسيِّ [٢٨/٩٣].

(٣) وقع بالأصل: «لامتناع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٤) وقع بالأصل: «ووصيته». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «المبسوط» للسرخسيِّ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ مُسْتَأْمَنٌ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ إِذْ هُوَ عَلَىٰ قَصْدِ الرُّجُوعِ وَيُمَكَّنُ مِنْهُ، وَلَا يُمَكَّنُ مِنْ زِيَادَةِ الْمُقَامِ عَلَى السَّنَةِ إِلَّا بِالْجِزْيَةِ.

وَلَوْ أَوْصَىٰ الذِّمِّيُّ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ أَوْ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ لَا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِالْمُسْلِمِينَ لِأَنَّهُمْ الْتَزَمُوا أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَىٰ الْمُعَامَلَاتِ.

وَلَوْ أَوْصَىٰ لِخِلَافِ مِلَّتِهِ[1] جَازَ؛ اعْتِبَارًا بِالْإِرْثِ إِذْ الْكُفْرُ كُلُّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ،

مَنْ هو مِنْ أهلِ دارِ الإسلامِ لمَنْ هو مِنْ أهلِ [دارِ][2] الحربِ باطلةٌ؛ لأنَّ لتبايُنِ الدارَيْنِ تأثيرًا في قَطْعِ العصمةِ والمُوَالاةِ.

ومحمدٌ رحمه الله قالَ: الوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ بالتمليكِ ابتداءً بعدَ الموتِ، فيُعْتَبَرُ بالتبرُّعِ في حالِ الحياةِ كالهبةِ والصدقةِ، وذلكَ صحيحٌ مِنَ المسلمِ المُسْتَأمنِ، فكذا هذا»[3].

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَوْصَىٰ الذِّمِّيُّ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ أَوْ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ).

قالَ في «شرحِ الكافي»: «ولا تجوزُ وصيةُ الذِّمِّيِّ بأكثرَ مِنَ الثلثِ؛ لأنَّ أهلَ الذِّمَّةِ التزمُوا أحكامَ الإسلامِ فيما يَرْجِعُ إلى المعاملاتِ، فكما أنَّ الوَصِيَّةَ فيما زادَ على الثلثِ، والوَصِيَّةَ لبعضِ الوَرَثَةِ لا تجوزُ مِنَ المسلمِ مُراعاةً لحقِّ ورثتِهِ ـ فكذلكَ لا تجوزُ مِنَ الذِّمِّيِّ».

قالَ: «فإنْ أوْصَىٰ لغيرِ أهلِ مِلَّتِهِ فهو جائزٌ؛ لأنَّهُمْ أهلُ مِلَّةٍ واحدةٍ في حُكْمِ الإرثِ، فكذا في حُكْمِ الوَصِيَّةِ»[4].

---

(١) في الأصل: «مثله».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«قا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقع في: «المبسوط» للسرخسيِّ.

(٣) ينظر: «المبسوط» للسرخسيِّ [٢٨/٩٣].

(٤) ينظر: المصدر السابق [٢٨/٩٤].

وَلَوْ أَوْصَىٰ لِحَرْبِيٍّ[1] فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْإِرْثَ مُمْتَنِعٌ لِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ وَالْوَصِيَّةُ أُخْتُهُ.

غاية البيان

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَوْصَىٰ لِحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لَا يَجُوزُ)، أيْ: لوْ أوْصَىٰ ذِمِّيٌّ في دارِ الإسلامِ لحَرْبِيٍّ في دارِ الحربِ لا يجوزُ.

وقَوْلُهُ: (فِي دَارِ الْإِسْلَامِ) ظرْفٌ لقولِهِ: (أَوْصَىٰ) لا لقولِهِ: (لِحَرْبِيٍّ)؛ لأنَّ الذِّمِّيَّ تجوزُ [٣/٥٥٢و] وصيتُهُ لمُسْتأمنٍ في دارِ الإسلامِ، وقدْ مرَّ ذلكَ قبْلَ هذا.

قالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «وإنْ أوْصَىٰ [أيِ][2]: الذِّمِّيُّ لحَرْبِيٍّ في دارِ الحربِ لَمْ تَجُزْ؛ لتبايُنِ الداريْنِ بينهُمَا حقيقةً وحُكْمًا؛ ولهذا لا يجْرِي التوارثُ بينهُمَا»[3].

وقالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ في كتابِ «نُكَتِ الوَصَايَا»: «ولوْ أوْصَىٰ لأهلِ الحربِ[4] وهو في دارِ الحربِ لا تجوزُ الوَصِيَّةُ في قولِهِمْ جميعًا؛ لأنَّ المسلمَ لوْ أوْصَىٰ لحَرْبِيٍّ في دارِ الحربِ فإنَّهُ لا يجوزُ، فكذلكَ الذِّمِّيُّ؛ لأنَّ الذِّمِّيَّ مِنْ أهلِ دارِنَا، ولا يكونُ بينَهُ وبينَ الحَرْبِيِّ توارُثٌ وإنْ كانَ مِنْ أهلِ ملتِهِ، فكذلكَ الوَصِيَّةُ».

وقالَ [٨/٣٢٥و/م] في «شرحِ السِّيَرِ الكبيرِ»: «ووصيةُ المسلمِ أوِ الذِّمِّيِّ لحَرْبِيٍّ في دارِ الحربِ لا تكونُ صحيحةً وإنْ أجازَ الوَرَثَةُ إلَّا أنْ يشاءُوا أنْ يَهَبُوا لهُ شيئًا مِنْ مالِهِمْ، فيجوزُ ذلكَ إذا قبضَ؛ لأنَّ مَنْ في دارِ [الحربِ][5] في حقِّ مَنْ هو في دارِ الإسلامِ كالميتِ»[6]. واللهُ تعالَىٰ أعلمُ.

---

(١) في الأصل: «الحر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) ينظر: «المبسوط» للسرخسيِّ [٢٨/٩٤].

(٤) وقع بالأصل: «ولو أوصىٰ لحَرْبِيٍّ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرْح السِّيَر الكَبير».

(٦) ينظر: «شرْح السِّيَر الكَبير» للسرخسي [٥/١٥٠].

بَابُ
الْوَصِيِّ وَمَا يَمْلِكُهُ

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ رَجُلٍ فَقَبِلَ الرَّجُلُ فِي وَجْهِ الْمُوصِي، وَرَدَّهَا فِي غَيْرِ وَجْهِهِ؛ فَلَيْسَ بِرَدٍّ؛ ....

غاية البيان

بَابُ
الْوَصِيِّ وَمَا يَمْلِكُهُ

لَمَّا فرغَ مِنْ بيانِ أحكامِ المُوصَىٰ لهُ شرَعَ في بيانِ أحكامِ المُوصَىٰ إليْهِ وهو الوَصِيُّ؛ لأنَّ كتابَ الوَصَايَا يشملُهُمَا جميعًا، وقَدَّمَ المُوصَىٰ لهُ؛ لكونِ الحاجةِ إليْهِ أمَسَّ؛ لكثْرةِ وقوعِهِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ رَجُلٍ فَقَبِلَ الرَّجُلُ فِي وَجْهِ الْمُوصِي، وَرَدَّهَا فِي غَيْرِ وَجْهِهِ؛ فَلَيْسَ بِرَدٍّ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مُخْتَصَرِهِ». وتمامُهُ فيه: «وإنْ ردَّهَا في وجهِهِ فهو رَدٌّ»[1]. يُقالُ: أوْصَىٰ إلىٰ رجلٍ أي: جعَلَهُ وصِيًّا.

وجملةُ الكلامِ فيه: أنَّ الوَصِيَّ لا يَلْزَمُهُ الوَصِيَّةُ إلَّا بقبولِهِ أوْ ما يَجْرِي مَجْرَىٰ قبولِهِ؛ لأنَّهُ مُتبَرِّعٌ بالتصرُّفِ، والتبَرُّعُ لا يلزمُ الإنسانَ إلَّا برضاهُ، وإنَّمَا قلنَا: إنَّ قبولَ المُوصِي يصحُّ فِي حالِ حياةِ المُوصِي؛ لأنَّ تصَرُّفَ الوَصِيِّ يقعُ لمنفعةِ المُوصِي، فلوْ وقَّفَ القبولُ والردُّ على الموتِ لمْ يُؤْمَنْ أنْ يموتَ المُوصِي ولمْ يُسْنِدْ وصيتَهُ إلىٰ أحدٍ، فيكونُ في ذلكَ إضرارٌ بِهِ؛ فلذلكَ جَوَّزُوا القبولَ في حالِ الحياةِ.

ولا يُشْبِهُ هذا قبولَ المُوصَىٰ لهُ أنَّهُ لا يجوزُ إلَّا بعدَ الموتِ؛ [لأنَّ الاستحقاقَ هناكَ إنَّما هو لحقِّ المُوصَىٰ لهُ، فلَمْ يفتقرْ إلىٰ تقديمِ القبولِ علىٰ الموتِ][2]، وإذا

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/٢٤٢].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

لأن الميت مَضَىٰ لِسَبِيلِهِ مُعْتَمِدًا عَلَيْهِ، فَلَوْ صَحَّ رَدُّهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ فِي حَيَاتِهِ أَوْ بَعْدَ مَمَاتِهِ صَارَ مَغْرُورًا مِنْ جِهَتِهِ فَيُرَدُّ رَدُّهُ، ....

غاية البيان

ثبتَ هذا قلنَا: إذا قَبِلَ في حالِ الحياةِ ثُمَّ رَدَّ بغيرِ حَضْرتِهِ لمْ يصحَّ الردُّ؛ لأنَّهُ لَمَّا قَبِلَ الوَصِيَّةَ فقدْ سكَنَ قلبُ المُوصِي إلىٰ قبولِهِ، فلوْ جازَ لهُ أنْ يُخْرِجَ نفسَهُ مِنَ الوَصِيَّةِ بغيرِ حَضْرَتِهِ كانَ في ذلكَ تغريرٌ[1] بالمُوصِي، ألَا ترَىٰ أنَّهُ يموتُ ولا وَصِيَّ لهُ، وهذا لا يجوزُ كما لا يجوزُ للوَكِيلِ أنْ يعْزِلَ نفسَهُ بغيرِ حَضْرةِ المُوَكِّلِ.

وأمَّا إذا رَدَّ في وجهِهِ بطلَتِ الوَصِيَّةُ؛ لأنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بقبولِهَا، والمُتَبَرِّعُ إنْ شاءَ قامَ علىٰ التبَرُّعِ، وإنْ شاءَ رَجَعَ، ولأنَّ الإنسانَ قدْ يقبَلُ الوَصِيَّةَ ظنًّا منهُ أنَّهُ يَقْدِرُ أنْ يقومَ بها، ثُمَّ يعْلَمَ أنَّهُ لا يتَمَكَّنُ مِنَ القيامِ بها، فلوْ لَمْ يَجُزْ لهُ الرجوعُ أضرَّ ذلكَ بالوَصِيِّ وبالورثةِ، وهذا لا يجوزُ.

وقولُنا في أوَّلِ الفصلِ: إنَّ الوصيةَ لا تلزمُ الوَصِيَّ إلَّا بالقبولِ أوْ ما يَجْرِي مَجْرَىٰ القبولِ؛ فهو كما إذا ماتَ المُوصِي قبلَ قبولِ الوَصِيِّ، ثُمَّ تصرَّفَ الوَصِيُّ، فتصرُّفُهُ بمنزلةِ قبولِهِ؛ لأنَّهَا [٣/٥٥٢ظ] تَمَّتْ مِنْ [٨/٣٢٥ظ/م] جهةِ المُوصِي، ووقَفَ علىٰ حقِّ الوَصِيِّ، فيكونُ تصرُّفُهُ كقبولِهِ، أصْلُهُ: البيعُ المشروطُ فيه الخيارُ.

قَوْلُهُ: (فِي وَجْهِ الْمُوصِي)، أيْ: بعِلْمِهِ[2].

وقَوْلُهُ: (فِي غَيْرِ وَجْهِهِ[3])، أي: بغيرِ عِلْمِ المُوصِي.

قَوْلُهُ: (مَضَىٰ لِسَبِيلِهِ)، أيْ: ماتَ.

قَوْلُهُ: (فَيُرَدُّ رَدُّهُ)، أي: رَدَّ الوَصِيِّ.

---

(١) وقع بالأصل: «تغير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) وقع بالأصل: «يعلمه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) وقع بالأصل: «وَجْه المُوصِي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

بِخِلَافِ الْوَكِيلِ يشتري عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ، أَوْ بِبَيْعِ مَالِهِ، حَيْثُ يَصِحُّ رَدُّهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ هُنَاكَ لِأَنَّهُ حَيٌّ قَادِرٌ عَلَى التَّصَرُّفِ بِنَفْسِهِ.

غاية البيان

قَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ، أَوْ بِبَيْعِ[1] مَالِهِ، حَيْثُ يَصِحُّ رَدُّهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ)؛ لأنَّهُ لا ضررَ هُنالكَ؛ لأنَّهُ حَيٌّ قادِرٌ على التصَرُّفِ وهذا القيدُ -وهو قولُهُ: (بِغَيْرِ عَيْنِهِ)- احترازٌ عنِ الوَكِيلِ بشراءِ عبْدٍ بغيرِ عَيْنِهِ؛ لأنَّهُ لا يَمْلِكُ عَزْلَ نفسِهِ ثَمَّةَ أيضًا بغيرِ عِلْمِ المُوَكِّلِ كما في المُوصِي؛ لأنَّهُ يُؤَدِّي إلىٰ تغريرِ[2] المُوَكِّلِ، بخلافِ ما إذا كانَ وكيلًا بشراءِ عبْدٍ بغيرِ عَيْنِهِ؛، حيثُ يَمْلِكُ عزْلَ نفسِهِ؛ لأنَّهُ لا يُؤَدِّي إلىٰ تغريرِ الآمِرِ؛ ولهذا إذا اشترىٰ عبدًا كانَ للوَكِيلِ، [إلَّا][3] أنْ يقولَ: نويْتُ الشراءَ للمُوَكِّلِ، أوْ يُضِيفَ العقدَ إلىٰ دراهمِ الآمِرِ، فحينئذٍ يكونُ للمُوَكِّلِ.

ومعَ هذا فيما إذا وكَّلَهُ بشراءِ شيءٍ بعَيْنِهِ لهُ أنْ يَعْزِلَ نفسَهُ بغيرِ محْضرِ المُوَكِّلِ علىٰ قولِ بعضِ المشايخِ ﷫.

وإليهِ أشارَ صاحبُ «الهدايةِ» ﵀ في كتابِ الوكالةِ في فصْلِ الشراءِ بقولِهِ: (وَلَا يَمْلِكُهُ عَلَىٰ مَا قِيلَ إلَّا بِمَحْضَرٍ مِنَ الْمُوَكِّلِ)، أيْ: لا يَمْلِكُ الوَكِيلُ عَزْلَ نفسِهِ بغيرِ عِلْمِ المُوَكِّلِ علىٰ قولِ بعضِ المشايخِ.

فعلَىٰ هذا: عرَفْتَ أنَّ ما قالَ بعضُهُمْ في شَرْحِهِ: «هذا الَّذِي قالَهُ صاحبُ «الهدايةِ» -﵀- مخالِفٌ لعامَّةِ روايةِ الكتبِ كـ«التتمَّةِ» و«الذخيرةِ» وغيرِهِمَا..». ليسَ بشيءٍ؛ لأنَّ مرادَ ما ذكرَ في «التتمةِ» وغيرِهَا، مِنْ قولِهِمْ: الوَكِيلُ لا يَمْلِكُ إخراجَ نفْسِهِ عنِ الوكالةِ بغيرِ عِلْمِ المُوَكِّلِ ما إذا كانَ وكيلًا بشراءِ شيءٍ بعَيْنِهِ، لا

---

(1) وقع بالأصل: «أي بيع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(2) وقع بالأصل: «تغير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(3) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

ولأن رَدَّهَا فِي وَجْهِهِ فَهُوَ رَدٌّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُوصِي وِلَايَةُ إِلْزَامِهِ التَّصَرُّفَ، وَلَا غُرُورَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُنِيبَ(١) غَيْرَهُ.

إِنْ لَمْ يَقْبَلْ وَلَمْ يَرُدَّ حَتَّىٰ مَاتَ الْمُوصِي؛ فَهُوَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ قَبِلَ، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَقْبَلْ؛ لِأَنَّ الْمُوصِيَ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ الْإِلْزَامِ فَبَقِيَ مُخَيَّرًا، ....

غاية البيان

بشراءِ شيءٍ بغيرِ عَيْنِهِ، ومرادُ صاحبِ «الهدايةِ» هُنَا: ما إذا كانَ وكيلًا بشراءِ شيءٍ بغيرِ عَيْنِهِ، فتوافقَتِ الرواياتُ جميعًا ولمْ تختَلِفْ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: فَإِنْ رَدَّهَا فِي وَجْهِهِ فَهُوَ رَدٌّ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ - ﷺ - في «مُخْتَصَرِهِ»، وقدْ مَرَّ بيانُهُ آنفًا.

قَوْلُهُ: (فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ وَلَمْ يَرُدَّ حَتَّىٰ مَاتَ الْمُوصِي؛ فَهُوَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ قَبِلَ، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَقْبَلْ)، ذكرَهُ علىٰ سبيلِ التفريعِ.

وذلكَ لأنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بالتصرُّفِ في حقِّ الغيرِ، فلا يلزمُهُ ذلكَ بدونِ قبولِهِ كالوكالةِ، وليسَ في ردِّهِ هنا غُرورٌ مِنْ جهتِهِ ولا ضرَرٌ، وإنَّما المُوصِي هو الَّذِي اغتَرَّ حينَ لمْ يتَعَرَّفْ عنْ حالِهِ أنَّهُ يقْبَلُ الوَصِيَّةَ أمْ لا؟

قالَ في «شرحِ الكافي»: «فإنْ رَدَّهُ في وَجْهِ المُوصِي فقالَ المُوصِي: ما كانَ ظنِّي بكَ هذا، فمَنْ يَقْبَلُ وصيَّتِي إِذَنْ؟ فسكَتَ حتَّىٰ ماتَ المُوصِي، ثُمَّ قَبِلَ؛ لمْ يكنْ وصِيَّهُ [٣٢٦/٨و/م]؛ لأنَّ بِرَدِّهِ في وجهِهِ بطلَتِ الوِصَايَةُ، فلا يُمْكِنُ قبولُهَا بعدَ ذلكَ.

ولوْ أنَّهُ ردَّهَا في غيرِ وَجْهِ المُوصِي، ثُمَّ قَبِلَهَا، بأنْ سَمِعَ كلامَهُ الناسُ في ذلكَ؛ فإنَّهُ لا يكونُ وصيًّا [عندنا](٢).

وقالَ زُفَرُ ﷺ: يكونُ وصيًّا؛ لأنَّ رَدَّهُ في غيرِ وَجْهِ المُوصِي [إنَّمَا يَتِمُّ إذا بلغَ

---

(١) في الأصل: «يثبت».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

فَلَوْ أَنَّهُ بَاعَ شَيْئًا مِنْ تَرِكَتِهِ فَقَدْ لَزِمَتْهُ الوصية، ....

غاية البيان

المُوصِيَ، فإذا لَمْ يبلغْهُ حتَّىٰ قَبِلَ؛ صارَ كأنَّ الردَّ لمْ يُوجَدْ، ولكنَّا نقولُ: قَبْلَ القبولِ هو يتفرَّدُ بالردِّ في وَجْهِ المُوصِي][1]، وفي حالِ غَيْبتِهِ، فيَبْطُلُ العقدُ بردِّهِ، ولا يُعْتَبرُ القبولُ بعدَ ذلكَ»[2].

قولُهُ: (فَلَوْ أَنَّهُ بَاعَ شَيْئًا مِنْ تَرِكَتِهِ فَقَدْ لَزِمَتْهُ).

والقياسُ: ألَّا يجوزُ بَيْعُهُ ولا يكونُ وصيًّا، وهو قولُ [٣/٥٥٣و] زُفَرَ ﷺ. كذا قالَ فخرُ الدِّينِ قاضي خان ﷺ.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ في كتابِ «نُكَتِ الوَصَايَا»: «ولوْ أنَّ المُوصِي ماتَ ولمْ يقبَلِ الوَصِيُّ حتَّىٰ باعَ شيئًا مِنْ تركتِهِ؛ كانَ ذلكَ قبولًا منهُ للوصايةِ؛ لأنَّ القبولَ مرَّةً يكونُ بالدلالةِ، ومرَّةً يكونُ بالإفصاحِ، فهو كما لوْ باعَ شيئًا مِنْ تركةِ الميتِ؛ كانَ ذلكَ قبولًا منهُ مِنْ طريقِ الدلالةِ.

ثُمَّ إنْ كانَ الوَصِيُّ يعلَمُ بتفويضِ الميِّتِ لا يُشْكِلُ أنَّ بَيْعَهُ يكونُ قبولًا، فأمَّا إذا لمْ يعلمْ يكونُ قبولًا أيضًا منهُ». قالَ: «وقدْ ذكرَ هكذا في موضعٍ آخَرَ؛ لأنَّ الوَصِيَّ بمنزلةِ الوارِثِ مِنْ وَجْهٍ؛ لأنَّهُ يقومُ مقامَ الميِّتِ عندَ خلاءِ مكانِهِ، ومِنْ وَجْهٍ بمنزلةِ الوَكِيلِ؛ لأنَّهُ يصيرُ وصيًّا بالتفويضِ، فصارَ حالُهُ بينَ حالَيْنِ، فلوْ كانَ وارِثًا مِنْ جميعِ الوجوهِ لا يَبْطُلُ بالردِّ، ويَثْبُتُ بغيرِ قبولٍ، ولوْ كانَ وكيلًا مِنْ جميعِ الوجوهِ لا يَثْبُتُ إلَّا بالقبولِ.

فلَمَّا كانَ حالُهُ بينَ حالَيْنِ فنقولُ: إنْ لَمْ يقْبَلْ يَرُدُّ اعتبارًا بالوكالةِ، فإنْ لمْ يَرُدَّ حتَّىٰ باعَ شيئًا صارَ بمنزلةِ الوارِثِ، ويقومُ مقامَهُ».

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «المبسوط» للسرخسيِّ.

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسيِّ [٢٨/٢٤].

لِأَنَّ ذَلِكَ دَلَالَةُ الِالزَام وَالْقَبُولُ وَهُوَ مُعْتَبَرٌ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَيَنْفُذُ الْبَيْعُ لِصُدُورِهِ مِنَ الْوَصِيِّ، وَسَوَاءٌ عَلِمَ بِالْوِصَايَةِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالتَّوْكِيلِ فَبَاعَ، حَيْثُ لَا يَنْفُذُ؛ لِأَنَّ الْوِصَايَةَ خِلَافَةٌ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِحَالِ انْقِطَاعِ وِلَايَةِ الْمَيِّتِ فَتَنْتَقِلُ الْوِلَايَةُ إِلَيْهِ، وَإِذَا كَانَتْ خِلَافَةً لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ كَالْوِرَاثَةِ.

غاية البيان

قَوْلُهُ: (لِأَنَّ ذَلِكَ دَلَالَةُ الِالْتِزَامِ)، أيْ: بَيْعُ الوَصِيِّ شيئًا مِنَ التركةِ دلالةُ التزامِ[1] الوَصِيَّةِ، فكانَ بيعُهُ قبولًا للوَصِيَّةِ دلالةً، فدليلُ القبولِ كصريحِهِ، حتَّى لوْ باعَ شيئًا مِنْ تركةِ الميتِ، أوِ اشترَى للوَرَثَةِ بعضَ ما يحتاجونَ إليْهِ، أوِ اقتضَى مالًا أوْ قضاهُ[2]؛ لزمتْهُ الوَصِيَّةُ؛ لوجودِ دليلِ القبولِ والرِّضَا بِهِ، كالمشروطِ لهُ الخيارُ إذا وُجِدَ منهُ ما يدلُّ على الإجازةِ والفسخِ كانَ بمنزلةِ التصريحِ بذلكَ. كذا قالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ رحمه الله في «شرحِ الكافي»[3].

قولُهُ: (بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالتَّوْكِيلِ فَبَاعَ، حَيْثُ لَا يَنْفُذُ)، يعني [٣٢٦/٨ظ/م]: أنَّ العلمَ شرْطٌ لصحَّةِ التوكيلِ، حتَّى لوْ باعَ الوَكِيلُ قبلَ العلمِ بذلكَ لا يَنْفُذُ، والعلمُ بالوِصَايَةِ ليسَ بشَرْطٍ، حتَّى لوْ باعَ الوَصِيُّ قبلَ العلمِ بالوِصَايَةِ صحَّ، وهذه روايةُ «الزياداتِ» وبعضُ رواياتِ «المأذونِ»، فعلَى هذِهِ الروايةِ: يحتاجُ إلى الفرقِ بينَ الوكالةِ والوِصَايَةِ.

وفرْقُهُمَا: أنَّ الوِصَايَةَ خِلَافَةٌ كالإرْثِ[4]، فلا تتوقَّفُ على العلمِ كالإرْثِ، فتَثْبُتُ بلا عِلْمٍ، والوكالةُ إنابةٌ، فيُشْتَرَطُ العلمُ، كما في إثباتِ المِلْكِ بالبيعِ والشراءِ، وعلى روايةِ كتابِ الوكالةِ: لا يُشْتَرَطُ العلمُ للوكالةِ أيضًا؛ اعتبارًا

(١) وقع بالأصل: «الالتزام». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٢) وقع بالأصل: «اقتضاه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٣) ينظر: «المبسوط» للسرخسيِّ [٢٨/٢٤].
(٤) وقع بالأصل: «كالوارث». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

أَمَّا التَّوْكِيلُ إِنَابَةٌ لِثُبُوتِهِ فِي حَالِ قِيَامِ وِلَايَةِ الْمُنِيبِ[1] فَلَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ عِلْمِهِ كَإِثْبَاتِ الْمِلْكِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَقَدْ بَيَّنَّا طَرِيقَ الْعِلْمِ وَشَرْطَ الْإِخْبَارِ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنَ الْكُتُبِ.

غاية البيان

بالوِصَايَةِ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهُمَا إثباتُ الولايةِ.

ألَا ترَىٰ إلىٰ ما قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «شرحِ الكافي»: «وإذا كانَ للرجلِ عبْدٌ في يدِ رجلٍ فقالَ: انطَلِقْ واشْتَرِ عبدِي مِنْ فلانٍ لنفسكَ، فذهبَ واشتراهُ، ولمْ يكنْ ربُّ العبدِ وَكَّلَ البائعَ بالبيعِ، فإنَّ هذا البيعَ يجوزُ، ويكونُ أمْرُ المشترِي بالشراءِ وكالةً للبائعِ بالبيعِ[2]». قالَ: «هكذَا ذكرَ هاهُنَا».

[ثُمَّ][3] قالَ: «وذكرَ في «الزياداتِ» وبعضِ رواياتِ «المأذونِ» أنَّهُ [لا][3] يكونُ إذْنًا ما [لمْ][3] يُعْلِمْهُ الرسولُ[4] بذلكَ». كذا ذكَرَ شيخُ الإسلامِ المذكورُ في بابِ ما لا تجوزُ فيه الوكالةُ مِنْ «شرحِ الكافي».

وعنْ أبي يوسفَ ﵀: أنَّهُ لا يجوزُ بَيْعُ الوَصِيِّ أيضًا قبلَ العِلْمِ بالوِصَايَةِ؛ اعتبارًا بالوكالةِ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهُمَا نيابةٌ، لكنِ الوكالةُ [٣/٥٥٣ظ] قبلَ الموتِ وتلكَ بعدَ الموتِ، وقدْ مَرَّ تمامُ البيانِ في كتابِ أدبِ القاضي في فصْلِ القضاءِ بالمواريثِ.

قَوْلُهُ: (وَقَدْ بَيَّنَّا طَرِيقَ الْعِلْمِ بالوَكَالَةِ).

يعني: في فصْلِ القضاءِ بالمَوَارِيثِ، يعنِي: أنَّ العِلْمَ بالوكالةِ يَثْبُتُ بخبرِ الواحدِ حُرًّا كانَ أوْ عبْدًا، عدلًا كانَ أوْ فاسقًا، رجلًا كانَ أوِ امرأةً، صبيًّا كانَ أوْ

---

(١) في الأصل: «الميت».

(٢) وقع بالأصل: «للبيع بالتسليم». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». ولم يقع لفظ: «بالبيع» إلا في: «فا» وحدها.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٤) وقع بالأصل: «برسول». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ حَتَّىٰ [٢٩٥/ط] مَاتَ الْمُوصِي فقَالَ: لَا أَقْبَلُ، ثُمَّ قَالَ: أَقْبَلُ، فَلَهُ ذَلِكَ إن لَمْ يَكُنِ الْقَاضِي أَخْرَجَهُ مِنَ الْوَصِيَّةِ حِينَ قَالَ: لَا أَقْبَلُ؛ لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ

غاية البيان

بالغًا، وكذلكَ العزْلُ عندهُمَا يَثْبُتُ بخبرِ الواحدِ مطلقًا، وعندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ يُشْتَرطُ العددُ أوِ العدالةُ حتَّىٰ لا يَثْبُتُ العزْلُ عندَهُ إلَّا بخبرِ اثنينِ، أوْ بخبرِ الواحدِ العدلِ، وقدْ مَرَّ ذلكَ في فصْلِ القضاءِ بالمَوارِيثِ.

قولُهُ: (وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ حَتَّىٰ مَاتَ الْمُوصِي فَقَالَ: لَا أَقْبَلُ، ثُمَّ قَالَ: أَقْبَلُ؛ فَلَهُ ذَلِكَ إنْ لَمْ يَكُنِ الْقَاضِي أَخْرَجَهُ مِنَ الْوَصِيَّةِ حِينَ قَالَ: لَا أَقْبَلُ).

قالَ محمَّدٌ ﷺ في أصلِ «الجامعِ الصغيرِ»: «عنْ يعقوبَ، عن أبي حنيفة ﷺ يُوصِي إلىٰ رجلٍ فيقولُ بعدَ موتِ المُوصِي: لا أقبَلُ، ثُمَّ قَبِلَ. قالَ: هو جائزٌ إلَّا أنْ يُخْرِجَهُ القاضِي عنِ الوَصِيَّةِ بقولِهِ: لا أَقْبَلُ»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ محمَّدٍ ﷺ.

وفي قولِ زُفَرَ ﷺ: لا [٣٢٧/٨و/م] يجوزُ قبولُهُ بعدَ ما ردَّ؛ لأنَّهُ لَمَّا ردَّ فقدْ بَطَلَ التفويضُ، وإذا بَطَلَ التفويضُ لا يجوزُ قبولُهُ بعدَ ذلكَ، ألَا ترىٰ أنَّهُ لوْ كانَ حيًّا فردَّهُ في وَجْهِهِ لا يجوزُ قبولُهُ بعدَ ذلكَ، فكذلكَ ها هُنَا.

ولنَا: أنَّ الوَصِيَّةَ لوْ بطلَتْ بمجردِ قولِ المُوصِي: لا أقبلُ؛ لَزِمَ الضررُ بالميتِ؛ لأنَّهُ ماتَ معتمدًا عليهِ، فلوِ ارتدَّتِ الوَصِيَّةُ بِرَدِّ الوَصِيِّ؛ لضاعتِ التركةُ بحيثُ لمْ يَنْصِبِ الميتُ سواهُ اعتمادًا عليهِ، والضررُ مرفوعٌ شرعًا، فلا يَصِحُّ الردُّ، وإذا لمْ يصحَّ الردُّ كانَ لهُ أنْ يُمْضِيَ الوَصِيَّةَ إلَّا إذا أخرجَهُ القاضِي عنِ الوِصَايَةِ حينَ قالَ: لا أقبلُ الوَصِيَّةَ، فحينئذٍ لا يَصِحُّ قبولُهُ بعدَ ذلكَ؛ لأنَّ قضاءَ القاضي صَحَّ لوقوعِهِ في المُجْتَهَدِ فيه، فلَمَّا صحَّ القضاءُ بطلَتِ الوَصِيَّةُ، فقبولُهُ بعدَ ذلكَ يكونُ بعْدَ بطلانِ الوَصِيَّةِ، فلا يَصِحُّ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٢٩، ٥٣٠].

قَوْلِهِ لَا أَقْبَلُ لَا يَبْطُلُ الْإِيصَاءُ، لِأَنَّ فِي إِبْطَالِهِ ضَرَرًا بِالْمَيِّتِ وَضَرَرُ الْوَصِيِّ فِي الْإِبْقَاءِ مَجْبُورٌ بِالثَّوَابِ، وَدَفْعُ الْأَوَّلِ وَهُوَ أَعْلَىٰ أَوْلَىٰ، إِلَّا أَنَّ الْقَاضِيَ إِذَا أَخْرَجَهُ عَنِ الْوِصَايَةِ يَصِحُّ ذَلِكَ لِأَنَّهُ مُجْتَهَدٌ فِيهِ، إِذْ لِلْقَاضِي وِلَايَةُ دَفْعِ الضَّرَرِ، وَرُبَّمَا يَعْجِزُ عَنْ ذَلِكَ فَيَتَضَرَّرُ بِبَقَاءِ الْوِصَايَةِ فَيَدْفَعُ الْقَاضِي الضَّرَرَ عَنْهُ وَيَنْصِبُ حَافِظًا لِمَالِ الْمَيِّتِ مُتَصَرِّفًا فِيهِ فَيَنْدَفِعُ الضَّرَرُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَلِهَذَا يَنْفُذُ إِخْرَاجُهُ،

غاية البيان

ولأنَّ العقدَ قدْ تَمَّ مِنْ جهةِ المُوصِي، ووجبَ الخيارُ للآخَرِ في قبولِهِ وردِّهِ، والردُّ يقتضِي مردودًا عليهِ، فإذا رَدَّهُ في غيرِ وجْهِهِ أوْ بعدَ موتِهِ فقدْ رَدَّهُ وليسَ ثَمَّةَ مردودٌ عليهِ، فلمْ يصحَّ الردُّ، كما لوِ اشترَىٰ شيئًا علىٰ أنَّهُ بالخيارِ، ثُمَّ رَدَّهُ مِنْ غيرِ محْضرٍ مِنَ البائعِ؛ فإنَّهُ لا يجوزُ، كذلكَ هاهُنَا.

فأمَّا إذا أخرجَهُ القاضي مِنَ الوَصِيَّةِ فإنَّهُ قدْ أبطلَ العقدَ باجتهادِهِ في موضعِ الاجتهادِ، فبَطَلَ العقدُ، وإذا بَطَلَ العقدُ لَمْ يَجُزْ قبولُهُ بعدَ ذلكَ؛ لأنَّهُ قَبِلَ حِينَ لَمْ يكنْ عَقْدٌ.

قَوْلُهُ: (وَضَرَرُ الْوَصِيِّ فِي الْإِبْقَاءِ مَجْبُورٌ بِالثَّوَابِ).

هذا جوابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ بأنْ يُقَالَ: كما يَلْزَمُ الضررُ بالميتِ في بطلانِ الْإِيصَاءِ بقولِهِ: لا أَقْبَلُ؛ يلزمُ الضررُ أيضًا بالوصِيِّ في بقاءِ الْإِيصَاءِ ولزومِهِ؛ لأنَّهُ يَعْجِزُ عنِ القيامِ بذلكَ، فَلِمَ تحمَّلْتُمْ ضررَ الوَصِيِّ دونَ ضررِ الميتِ حيثُ قلتُمْ: لا يَبْطُلُ الْإِيصَاءُ بقولِهِ: لا أقْبَلُ؟

فقالَ: لَمَّا لمْ يُمْكِنْ رفعُ الضررَيْنِ جميعًا لا بُدَّ مِنْ أنْ يُتحمَّلَ أدْنَىٰ الضررَيْنِ لدَفْعِ الضررِ الأعْلَىٰ، والأعْلَىٰ هنا ضررُ الميِّتِ؛ لأنَّ[1] ضررَهُ ليسَ بمجبورٍ بشيءٍ، وضررُ الوَصِيِّ [٣/٥٥٤و] مجبورٌ بالثوابِ، فيُتحمَّلُ الأدْنَىٰ لدَفْعِ الأعْلَىٰ،

---

(١) وقع بالأصل: «لأنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

فَلَوْ قَالَ بَعْدَ إِخْرَاجِ الْقَاضِي إِيَّاهُ أَقْبَلُ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ قَبِلَ بَعْدَ بُطْلَانِ الْوِصَايَةِ بِإِبْطَالِ الْقَاضِي.

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ عَبْدٍ، أَوْ كَافِرٍ، أَوْ فَاسِقٍ؛ أَخْرَجَهُمُ الْقَاضِي عَنِ الْوِصَايَةِ وَنَصَبَ غَيْرَهُمْ وَهَذَا اللَّفْظُ يُشِيرُ إِلَىٰ صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ، لِأَنَّ الْإِخْرَاجَ يَكُونُ بَعْدَهَا.

غاية البيان

وهوُ المرادُ مِنْ قولِهِ: (وَدَفْعُ الأُولَىٰ ـ وَهُوَ أَعْلَىٰ ـ أَوْلَىٰ)، أيْ: دَفْعُ أُولَىٰ الضررَيْنِ، وهو ضررُ الميتِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ عَبْدٍ، أَوْ كَافِرٍ، أَوْ فَاسِقٍ؛ أَخْرَجَهُمُ الْقَاضِي عَنِ الْوِصَايَةِ وَنَصَبَ غَيْرَهُمْ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مُخْتَصرِهِ»[1].

والمرادُ منهُ: الوَصِيَّةُ إلىٰ عبْدِ غيرِهِ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ [٨/٣٢٧ظ/م] إلىٰ عبْدِ نفسِهِ تَجِيءُ بعدَ هذا، ولفظُ القُدُورِيِّ ﵀ يشيرُ إلىٰ أنَّ الوَصِيَّةَ إلىٰ هؤلاءِ تَصِحُّ؛ لأنَّ الإخراجَ عنِ الوَصِيَّةِ لا يكونُ إلَّا بعدَ صحةِ الوَصِيَّةِ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ إذا كانتْ باطلةً أصلًا فمِنْ أينَ يَتَحَقَّقُ إخراجُهُمْ عنِ الوَصِيَّةِ.

وذكَرَ محمَّدٌ ﵀ في «الجامعِ الصغيرِ»: «عنْ يعقوبَ، عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵁ في المسلمِ يُوصِي إلىٰ الذِّمِّيِّ. قالَ: الوَصِيَّةُ باطلةٌ، وكذلكَ إنْ أَوْصَىٰ إلىٰ عبْدِ غيرِهِ فالوَصِيَّةُ باطلةٌ أيضًا»[2]. إلىٰ هنا لفظُ أصْلِ «الجامعِ الصغيرِ».

وذكَرَ محمَّدٌ ﵀ في «الأصلِ»: «وإذا أَوْصَىٰ إلىٰ عبْدِ غيرِهِ: فالوَصِيَّةُ باطلةٌ وإنْ أجازَ مولاهُ»[3].

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/٢٤٢].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٣٢].

(٣) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٥/٤٩٤/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ. قِيلَ مَعْنَاهُ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الصُّوَرِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ سَتَبْطُلُ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ فِي الْعَبْدِ بَاطِلٌ حَقِيقَةً لِعَدَمِ وِلَايَتِهِ وَاسْتِبْدَادِهِ، وَفِي غَيْرِهِ مَعْنَاهُ سَتَبْطُلُ، وَقِيلَ فِي الْكَافِرِ بَاطِلٌ أَيْضًا لِعَدَمِ وِلَايَتِهِ عَلَى الْمُسْلِمِ.

غاية البيان

وقالَ في «**الأصلِ**» أيضًا: «ولوْ أوْصَى المسلمُ إلى ذِمِّيٍّ، أوْ إلى حَرْبِيٍّ مُسْتأمنٍ، أوْ غيرِ مُسْتأمنٍ؛ فهو باطلٌ»[1].

وقالَ في «**الأصلِ**» أيضًا: «ولوْ أوْصَى إلى فاسقٍ مُتَّهمٍ مَخُوفٍ على مالِهِ؛ فالوَصِيَّةُ إليْهِ باطلةٌ»[2].

ثُمَّ اختلفَ المشايخُ -رحمهم الله- في معنى البطلانِ أنَّهُ باطلٌ أصلًا أمْ معناهُ: سَتَبْطُلُ؟

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله في كتابِ «**نُكَتِ الوَصَايَا**» وفي شرحِهِ لـ«**الجامعِ الصغيرِ**»: «معناهُ: سَتَبْطُلُ، وإليهِ ذهبَ القُدُورِيُّ، وفخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ رحمه الله في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**» وعليه عامَّةُ المشايخِ رحمهم الله».

وقالَ **بعضُهُمْ**: إنَّهُ باطلٌ أصلًا. وإليه ذهبَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في «**شرحِ الكافي**»[3]؛ وذلكَ لأنَّ الوَصِيَّةَ ولايةٌ، والرقُّ مُنافٍ للولايةِ، ولأنَّهُ عاجزٌ عنْ تحصيلِ مقصودِ المُوصِي؛ لأنَّ منافِعَهُ لمولاهُ، فالظاهرُ أنَّهُ يمنعُهُ مِنَ التبرُّعِ بِهِ على غيرِهِ، وكذلكَ بعدَ إجازتِهِ؛ لأنَّ هذا بمنزلةِ الإعَارَةِ منهُ للعبدِ، فلا يتعلَّقُ بِهِ اللزومُ، فإذا رَجَعَ عنه كانَ عاجزًا عنِ التصرُّفِ.

وأمَّا في **الوَصِيَّةِ إلى الكافرِ**: فلأنَّ في الوَصِيَّةِ إثباتُ الولايةِ للوَصِيِّ على سبيلِ الخلافةِ عنهُ، ولا ولايةَ للذِّمِّيِّ ولا للحَرْبِيِّ على المسلمِ؛ لقولِهِ تعالَى: ﴿وَلَن

(١) ينظر: المصدر السابق [٥/٤٩٥].
(٢) ينظر: المصدر السابق
(٣) ينظر: «المبسوط» للسرخسيِّ [٢٨/٢٥].

وَوَجْهُ الصِّحَّةِ ثُمَّ الْإِخْرَاجُ أَنَّ الْأَصْلَ النَّظَرُ ثَابِتٌ لِقُدْرَةِ الْعَبْدِ حَقِيقَةً، وَوِلَايَةُ الْفَاسِقِ عَلَىٰ أَصْلِنَا وَوِلَايَةُ الْكَافِرِ فِي الْجُمْلَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ النَّظَرُ لِتَوَقُّفِ وِلَايَةِ الْعَبْدِ عَلَىٰ إِجَازَةِ الْمَوْلَىٰ وَتَمَكُّنِهِ مِنْ الْحَجْرِ بَعْدَهَا وَالْمُعَادَاةِ الدِّينِيَّةِ الْبَاعِثَةِ لِلْكَافِرِ عَلَىٰ تَرْكِ النَّظَرِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ وَاتِّهَامِ الْفَاسِقِ بِالْخِيَانَةِ فَيُخْرِجُهُ الْقَاضِي مِنْ الْوِصَايَةِ وَيُقِيمُ غَيْرَهُ مُقَامَهُ إِتْمَامًا لِلنَّظَرِ. وَشَرَطَ فِي الْأَصْلِ

غاية البيان

يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [النساء: ١٤١].

وأمَّا في الفاسقِ: فذهبَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ ﵀ أيضًا أنَّ الوَصِيَّةَ إليْهِ تجوزُ[١]، لكنِ القاضي يُخْرِجُهُ عنِ الوِصَايَةِ؛ لأنَّ بالوِصَايَةِ إليْهِ لا يَتِمُّ معْنَىٰ النظرِ؛ وهذا لأنَّ الفاسقَ مِنْ أهلِ الولايةِ، ولهذا كانَ مِنْ أهلِ الإرْثِ، فيكونُ أهلًا للوَصِيَّةِ[٢] أيضًا.

وَوَجْهُ ما ذهبَ إليْهِ الفقيهُ أبو الليثِ وغيرُهُ: أنَّ عبدَ الغيرِ قادرٌ علىٰ التصَرُّفِ حقيقةً؛ لأنَّ تصرُّفَ العبدِ بالوَصِيَّةِ مثلُ تصَرُّفِهِ بالْوَكَالَةِ، فإذا جازَ تصَرُّفُهُ في أحدِهِمَا؛ جازَ في الآخَرِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهُمَا نيابةٌ، ولكنْ لَمَّا كانتْ منافعُهُ مشغولةً بحقِّ مولاهُ، وربَّمَا يَبِيعُهُ[٣] مولاهُ [٨/٣٢٨و/م] بعدَ ما أَذِنَ لهُ في قبولِ الوَصِيَّةِ؛ كانَ عاجزًا عنْ إنفاذِ[٤] الوَصِيَّةِ، فلا يُؤْمَنُ عليهِ أنْ يُقَصِّرَ، ولا يَسْتَوْفِيَ حقوقَ الميتِ، وكانَ للقاضي أنْ [٣/٥٥٤ظ] يُخْرِجَهُ ويَسْتَبْدِلَ بِهِ وصيًّا آخَرَ.

وأمَّا في الْإِيصَاءِ إلىٰ الكافرِ: فقدْ ذكرَ محمَّدٌ ﵀ في كتابِ القسمةِ: أنَّهُ لوْ قاسَمَ شيئًا قبلَ أنْ يُخْرِجَهُ القاضي؛ جازَ ذلكَ، فثَبَتَ أنَّ الْإِيصَاءَ إليْهِ صحيحٌ؛

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) وقع بالأصل: «للولاية». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) وقع بالأصل: «منعه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٤) وقع بالأصل: «أفعال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

أنْ يَكُونَ الْفَاسِقُ مَخُوفًا عَلَيْهِ فِي الْمَالِ، وَهَذَا يَصْلُحُ عُذْرًا فِي إِخْرَاجِهِ وَتَبْدِيلِهِ بِغَيْرِهِ.

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ عَبْدِ نَفْسِهِ، وَفِي الْوَرَثَةِ كِبَارٌ؛ لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ؛

غاية البيان

وذلكَ لأنَّ الكافرَ يجوزُ أنْ يتصرَّفَ بِالْوَكَالَةِ، فجازَ أنْ يتصرَّفَ بِالوِصَايَةِ أيضًا.

أصْلُهُ: المسلمُ، ولكنَّ القاضِيَ يُبْطِلُ وصيتَهُ ويُخْرِجَهُ عنِ الوِصَايَةِ؛ لأنَّهُ لا يُؤْمَنُ علىٰ المسلمِ؛ لأنَّهُ لا يُمَيِّزُ بينَ الحلالِ والحرامِ؛ فيُخَافُ أنْ يَكْسِبَ الحرامَ، كما أنَّ مسلمًا لوْ وَكَّلَ ذِمِّيًّا يُكْرَهُ لهُ ذلكَ.

والمعْنَىٰ فيه: أنَّهُ يخافُ أنْ يُطْعِمَهُ الرِّبَا، فكذلكَ هاهُنَا، فإنْ تَصَرَّفَ قبلَ أنْ يُخْرِجَهُ القاضي كانَ جائزًا؛ لأنَّهُ يتصرَّفُ مِنْ طريقِ الأمْرِ.

وأمَّا الفاسِقُ: فيُخْرِجُهُ القاضِي؛ ليتمَّ النظرُ علىٰ ما قلنَا.

وقالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله: يُعْتَبَرُ أنْ يكونَ عدْلًا عندَ الوَصِيَّةِ[1]، وإنَّمَا لمْ تصحَّ الوَصِيَّةُ إليْهِ؛ بدليلِ أنَّهُ لا يجوزُ إقرارُهُ علىٰ الوَصِيَّةِ، فلا تصحُّ الوَصِيَّةُ إليه، وهذا يَبْطُلُ بما إذا أوْصَىٰ إلىٰ ضعيفٍ لا يَقْدِرُ علىٰ التصرُّفِ منفردًا.

قَوْلُهُ: (وَهَذَا يَصْلُحُ عُذْرًا فِي إِخْرَاجِهِ وَتَبْدِيلِهِ بِغَيْرِهِ)، أيْ: كونُ الفاسقِ بحيثُ يُخَافُ عليهِ [في][2] المالِ لخيانَتِهِ[3] يَصْلُحُ عُذْرًا في إخراجِ الفاسقِ عنِ الوِصَايَةِ، وجَعْلِ غيرِهِ وصِيًّا مكانَهُ؛ لأنَّ الميتَ إنَّمَا أوْصَىٰ إليهِ؛ لينْظُرَ في مالِه وأولادِهِ بعدَهُ بالحفظِ والصيانةِ، وبالخيانةِ ترتفعُ الصِّيَانةُ، فلا يَحْصُلُ الغرضُ مِنَ الوِصَايَةِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ عَبْدِ نَفْسِهِ، وَفِي الْوَرَثَةِ كِبَارٌ؛ لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ)،

---

(1) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [١٠٦/٩]، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٣٦٣/٢]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٣٢٥/٦].

(2) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(3) وقع بالأصل: «الخيانة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

لِأَنَّ لِلْكَبِيرِ أَنْ يَمْنَعَهُ أَوْ يَبِيعَ نَصِيبَهُ فَيَمْنَعَهُ الْمُشْتَرِي فَيَعْجِزُ عَنْ الْوَفَاءِ بِحَقِّ الْوِصَايَةِ فَلَا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا كُلُّهُمْ فَالْوَصِيَّةُ إلَيْهِ جَائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ،

غاية البيان

أيْ: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مُخْتَصَرِهِ»[1].

وذلكَ لأنَّ الوارثَ الكبيرَ يلِي على العبدِ، بدليلِ أنَّهُ يَمْلِكُ بَيْعَ نصيبِهِ، ويستحيلُ أنْ يَثْبُتَ للعبدِ ولايةٌ عليْهِ بِالوَصِيَّةِ، ويَثْبُتُ للوارثِ الولايةُ على العبدِ بالمِلْكِ؛ فلذلكَ لمْ تَصِحَّ الوَصِيَّةُ إليْهِ، وأمَّا إذا كانَ الوَرَثَةُ كلُّهُمْ صغارًا، فالوَصِيَّةُ إليْهِ جائزةٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه خلافًا لهُمَا.

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» رحمه الله: (وَقِيلَ: قَوْلُ مُحَمَّدٍ رحمه الله مُضْطَرِبٌ فِيهِ، يُرْوَىٰ مَرَّةً مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَتَارَةً مَعَ أَبِي يُوسُفَ رضي الله عنهم).

ولنَا في هذا القِيلِ نَظَرٌ؛ لأنَّ الكبارَ الثِّقاتَ المتقدِّمينَ على صاحبِ **«الهدايةِ»** كلَّهُمْ ذكرُوا قولَ محمَّدٍ معَ أبي يوسفَ رحمهما الله بلا اضطرابٍ، كالطَّحاوِيِّ في **«مُخْتَصَرِهِ»**[2]، والكَرْخِيِّ في **«مُخْتَصَرِهِ»**، وأبي الليثِ في كتابِ [٣٢٨/٨ظ/م] **«نُكَتِ الوَصَايَا»**، والقُدُورِيِّ في **«التقريبِ»**، وشمسِ الأئمةِ السَّرْخَسِيِّ في **«شرحِ الكافي»**[3]، وصاحبِ **«المنظومَةِ»**[4] فيهَا وفي **«شَرْحِهَا»**، وغيرِهِمْ مِنْ أصحابِنَا رضي الله عنهم.

علىٰ أنَّ محمَّدًا نصَّ في **«الأصلِ»** علىٰ ذلكَ فقالَ: «وإذا أوْصَىٰ إلىٰ عبْدِهِ فإنَّ الوَصِيَّةَ إليْهِ جائزةٌ في قولِ أبي حَنِيفَةَ، وفيهَا قولٌ آخرُ قولُ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ:

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢٤٢].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: «المبسوط» للسرخسِيِّ [٢٥/٢٨].

(٤) **المنظومةُ عند الإطلاق:** هي «منظومة الخلاف»، لنجم الدين النسفيِّ، نظَمَ فيها المسائل التي اختلَفَ فيها الأئمة: أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن، وزُفَر، والشافعي، ومالك. وقد تقدم التعريف بذلك.

وَلَا تَجُوزُ عِنْدَهُمَا وَهُوَ الْقِيَاسُ. وَقِيلَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ مُضْطَرِبٌ، يَرْوِي مَرَّةً مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَتَارَةً مَعَ أَبِي يُوسُفَ.

غاية البيان

أنَّهُ لا يجوزُ إلىٰ عبْدِهِ، أرأيتَ لوْ كَبِرَ الصغارُ ما كانَ لهمْ أنْ يَبِيعوهُ»[1]. إلىٰ هُنَا لَفظُ الأصلِ.

وقولُ الشَّافِعِيِّ ﷺ كقولِهِمَا[2]. كذَا في «شرحِ الأقطعِ»[3]، وقالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في «شرحِ الكافي» في قولِ أبي حَنِيفَةَ: «هو الاستحسانُ، وقولُهُمَا هو القياسُ»[4].

وَجْهُ قولِهِمَا: أنَّ الرِّقَّ الَّذِي يُنَافِي الولايةَ قائمٌ في عبْدِ نفْسِهِ كما في عَبْدِ غيرِهِ؛ ولأنَّهُ مملوكٌ للوَرَثَةِ ـ وهمُ الصِّغارُ ـ والمملوكُ لا يلي علىٰ مولاهُ، ولأنَّ تصرُّفَ الوَصِيِّ مِنْ طريقِ الولايةِ، والعبدُ ليسَ مِنْ أهلِ الولاياتِ.

وَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ الصغارَ مِنَ الوَرَثَةِ وإنْ كانُوا لا يمْلِكونَ رقبةَ [٣/٥٥٥و] العبدِ فلا يمْلِكونَ التصرُّفَ فيهِ؛ حيثُ لا يَمْلِكُونَ بَيْعَهُ، فجازَ إثباتُ الولايةِ للعبدِ في حُقوقِهِمْ بخلافِ ما إذا كانَ فيهمْ كبيرٌ، وبخلافِ عَبْدِ الغيرِ؛ لأنَّ لمولاهُ أنْ يَمْنَعَهُ ويَحْجُرَ عليْهِ، فصارَ مَوْلِيًّا عليْهِ، فلمْ يَجُزْ لهُ أنْ يَتَصَرَّفَ في حقِّ غيرِهِ.

قالَ شمسُ الأئمةِ [السَّرْخَسِيُّ][5] رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ **في «شرحِ الكافي»**: «وإنَّمَا اسْتَحْسَنَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ هذا لِمَا رأىٰ فيه مِنْ توفيرِ المَنْفَعَةِ علىٰ الميتِ وعلىٰ

---

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٥/٤٩٤/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٨/١٩٢]، و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٤/٤٨٣]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٥/٧٥].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢ق/٣٩٨].

(٤) ينظر: «المبسوط» للسرخسِيِّ [٢٨/٢٥].

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْوِلَايَةَ مُنْعَدِمَةٌ لِمَا أَنَّ الرِّقَّ يُنَافِيهَا، وَلِأَنَّ فِيهِ إِثْبَاتَ الْوِلَايَةِ لِلْمَمْلُوكِ عَلَى الْمَالِكِ، وَهَذَا قَلْبُ الْمَشْرُوعِ، وَلِأَنَّ الْوِلَايَةَ الصَّادِرَةَ مِنَ الْأَبِ لَا تَتَجَزَّأُ، وَفِي اعْتِبَارِ هَذِهِ تَجْزِئَتُهَا؛ لأنه لا يَمْلِكُ بَيْعَ رَقَبَتِهِ ....

غاية البيان

ورثتِهِ، فإنَّ مَنْ ربَّىٰ عبْدَهُ وأحسنَ إليهِ، فالظاهِرُ أنَّ شفقتَهُ علىٰ الصغارِ مِنْ أولادِهِ بعدَ موتِهِ أكثرُ مِنْ شفقةِ الأجنبيِّ؛، ولهذا اختارَهُ للوَصِيَّةِ»[1].

وأوردَ في «شرحِ الأقطعِ» سؤالًا وجوابًا فقالَ: «فإنْ قِيلَ: فإذا كانُوا صغارًا فالقاضِي يلِي في بَيْعِهِ إذا رأىٰ ذلكَ.

قيلَ لهُ: ولايةُ القاضِي علىٰ الوَصِيِّ لا تَمْنَعُ جوازَ الوَصِيَّةِ؛ لأنَّهُ يلِي علىٰ الأحرارِ معَ وُجودِ الوَصِيَّةِ إليهِمْ»[2].

قَوْلُهُ: (وَلِأَنَّ الْوِلَايَةَ الصَّادِرَةَ مِنَ الْأَبِ لَا تَتَجَزَّأُ، وَفِي اعْتِبَارِ هَذِهِ تَجْزِئَتُهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ رَقَبَتِهِ)، معناهُ: أنَّ ولايةَ الوَصِيِّ مثلُ ولايةِ المُوصِي لكونِ ولايةِ الوَصِيِّ مستفادةٌ مِنْ جهةِ المُوصِي.

ثُمَّ ولايةُ المُوصِي ـ وهو الأبُ ـ ليستْ بمُتَجَزِّئَةٍ؛ حيثُ لا يُقالُ: إنَّ ولايتَهُ في البعضِ دونَ البعضِ، وولايةُ العبدِ مُتَجَزِّئَةٌ؛ لأنَّهُ يَمْلِكُ بَيْعَ التركاتِ ولا يَمْلِكُ بَيْعَ نفسِهِ، وهذا نقْضُ الموضوعِ، فلا يجوزُ.

وهذا معْنَىٰ قولِهِ: (وَفِي اعْتِبَارِ هَذِهِ [٨/٣٢٨و/م][3] تَجْزِئَتُهَا)، أيْ: في اعتبارِ هذِهِ الوَصِيَّةِ ـ وهي الوَصِيَّةُ إلىٰ عبْدِ نفسِهِ والوَرَثَةُ صغارٌ ـ تَجْزِئَةُ الولايةِ، وفيهَا تَجْزِئَةٌ للوِصَايَةِ أيضًا؛ لأنَّ العبدَ لا يلي بَيْعَ نفسِهِ، ولا يكونُ وصيًّا في بَيْعِ نفسِهِ.

(١) ينظر: «المبسوط» للسرخسيِّ [٢٨/٢٥].
(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢ق/٣٩٨].
(٣) الترقيم الداخلي لهذه اللوحة مكرر.

وَلَهُ أَنَّهُ مُخَاطَبٌ مُسْتَبِدٌّ بِالتَّصَرُّفِ[١] [٢٩٦/و] فَيَكُونُ أَهْلًا لِلْوِصَايَةِ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ وِلَايَةٌ، فَإِنَّ الصِّغَارَ وَإِنْ كَانُوا مُلَّاكًا لَيْسَ لَهُمْ وِلَايَةُ الْمَنْعِ فَلَا مُنَافَاةَ، وَإِيصَاءُ[٢] الْمَوْلَىٰ إِلَيْهِ يُؤْذِنُ بِكَوْنِهِ نَاظِرًا لَهُمْ وَصَارَ كَالْمُكَاتَبِ، وَالْوِصَايَةُ قَدْ تَتَجَزَّأُ عَلَىٰ مَا هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، أَوْ نَقُولُ: يُصَارُ إِلَيْهِ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَىٰ إِبْطَالِ أَصْلِهِ، وَتَغْيِيرِ الْوَصْفِ لِتَصْحِيحِ الْأَصْلِ أَوْلَىٰ.

غاية البيان

قَوْلُهُ: (وَلَهُ أَنَّهُ مُخَاطَبٌ مُسْتَبِدٌّ بِالتَّصَرُّفِ).

احترازٌ بالمُخاطَبِ عنِ الصبيِّ والمجنونِ، فإنَّ الإِيصَاءَ إليهِمَا لا يجوزُ لعدمِ الخِطابِ، واحترزَ بالمُسْتَبِدِّ: عنِ الإِيصَاءِ إلىٰ عبْدِ الغيرِ؛ لأنَّهُ لا استبدادَ لهُ في التصرُّفِ، وعنْ عَبْدِ نفسِهِ أيضًا إذا كانَ في الوَرَثَةِ كبيرٌ؛ لأنَّ للكبيرِ أنْ يَحْجُرَهُ ويَبِيعَ نصيبَهُ منه، فلا يَبْقَىٰ الاستبدادُ.

قولُهُ: (فَصَارَ كَالْمُكَاتَبِ)، أيْ: صارَ الإِيصَاءُ إلىٰ العبدِ القِنِّ كَالْإِيصَاءِ إلىٰ المُكاتَبِ، فذاكَ يجوزُ، فكذا هذَا.

قولُهُ: (وَالْوِصَايَةُ قَدْ تَتَجَزَّأُ عَلَىٰ مَا هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ).

هذا جوابٌ بسبيلِ المنعِ عنْ قولِهِ: (وَفِي اعْتِبَارِ هَذِهِ تَجْزِئَتُهَا)، بأنْ يُقالَ: لَا نُسَلِّمُ أنَّ الوِصَايَةَ لا تتَجَزَّأُ؛ ولهذا رَوَىٰ الحسنُ، عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ فيما إذا أَوْصَىٰ إلىٰ رجُلَيْنِ: إلىٰ أحدِهِمَا في العينِ، وإلىٰ الآخَرِ في تقاضِي الدَّيْنِ، يكونُ كُلُّ واحدٍ منهُمَا وصيًّا فيما أُوصِيَ[٣] إليْهِ خاصَّةً.

ولَئِنْ سَلَّمْنا أنَّ الوِصَايَةَ لا تتَجَزَّأُ علىٰ ما هو الظاهرُ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ حيثُ

---

(١) في الأصل: «بالتفرق».

(٢) يشبه في الأصل: «وأيضا».

(٣) وقع بالأصل: «إذا أُوصِيَ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

قال: ومن أوصى إلى من يَعْجزُ عَنِ الْقِيَامِ بِالْوَصِيَّةِ ضَمَّ إلَيْهِ الْقَاضِي غَيْرَهُ رِعَايَةً لِحَقِّ الْمُوصِي وَالْوَرَثَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ تكميل[1] النَّظَرِ يَحْصُلُ بِضَمِّ الْآخَرِ إلَيْهِ لِصِيَانَتِهِ وَنَقْصِ[2] كِفَايَتِهِ فَيَتِمُّ النَّظَرُ بِإِعَانَةِ غَيْرِهِ، فلو شَكَا إلَيْهِ الْوَصِيُّ ذَلِكَ لَا يُجِيبُهُ حَتَّى يَعْرِفَ ذَلِكَ حَقِيقَةً، لِأَنَّ الشَّاكِيَ قَدْ يَكُونُ كَاذِبًا تَخْفِيفًا عَلَى

غاية البيان

يكونُ كُلُّ واحدٍ منهُمَا وصيًّا في العينِ والدَّيْنِ جميعًا.

فنقولُ: إنَّما صِرْنَا إلى تَجَزُّؤِ الْإِيصَاءِ؛ كَيْلَا لا يَبْطُلَ أصلُ الْإِيصَاءِ؛ لأنَّا لوْ لمْ نُجَوِّزِ التجَزُّؤَ يَبْطُلُ الْإِيصَاءُ أصلًا، وفيهِ إلغاءُ كلامِ العاقِلِ، فلا يجوزُ الإلغاءُ ما أمكنَ، وتغييرُ وصْفِ الْإِيصَاءِ أَوْلَى مِنْ تغييرِ أصلِ الْإِيصَاءِ، فكانَ تغييرُ الوصفِ أحقَّ.

قَوْلُهُ: (قَالَ [٣/٥٥٥ظ]: وَمَنْ يَعْجِزُ عَنِ الْقِيَامِ بِالْوَصِيَّةِ ضَمَّ إلَيْهِ الْقَاضِي غَيْرَهُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مُخْتَصَرِهِ»[3].

وذلكَ لأنَّ الوَرَثَةَ لا ينتفعونَ بِهِ، وإخراجُهُ مِنَ الوَصِيَّةِ لا يجوزُ؛ لأنَّهُ غيرُ مُتَّهَمٍ إذا كانَ عدلًا ثقةً، فلَزِمَ القاضيَ أنْ يُقَوِّيَ تصَرُّفَهُ، ويُكْمِلَهُ، ويَضُمَّ إليْهِ غيرَهُ، وأمَّا إذا كانَ قادرًا على التصَرُّفِ وناهضًا بِالوَصِيَّةِ وهو مِنْ أهلِ الولايةِ؛ فليسَ للقاضي الاعتراضُ عليهِ؛ لأنَّهُ إذا أقامَ[4] غيرَهُ مقامَهُ أقامَ مَنْ هو في مِثْلِ صفتِهِ، فإنْ تساويَا فمَنْ رَضِيَهُ الميتُ أَوْلَى.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ شَكَا إلَيْهِ الْوَصِيُّ[5] ذَلِكَ لَا يُجِيبُهُ حَتَّى يَعْرِفَ ذَلِكَ حَقِيقَةً)، أيْ:

---

(١) في الأصل: «تمليك».

(٢) في الأصل: «وبعض».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/٢٤٢].

(٤) وقع بالأصل: «قام». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٥) وقع بالأصل: «الموصي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

نَفْسِهِ، وَإِذَا ظَهَرَ عِنْدَ الْقَاضِي عَجْزُهُ أَصْلًا اسْتَبْدَلَ بِهِ رِعَايَةً لِلنَّظَرِ مِنْ الْجَانِبَيْنِ؛ وَلَوْ كَانَ قَادِرًا عَلَى التَّصَرُّفِ أَمِينًا فِيهِ لَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يُخْرِجَهُ، لِأَنَّهُ لَوْ اخْتَارَ غَيْرَهُ كَانَ دُونَهُ لِمَا أَنَّهُ كَانَ مُخْتَارَ الْمَيِّتِ وَمَرْضِيَّهُ فَإِبْقَاؤُهُ أَوْلَى وَلِهَذَا قُدِّمَ عَلَى أَبِ الْمَيِّتِ مَعَ وُفُورِ شَفَقَتِهِ فَأَوْلَى أَنْ يُقَدَّمَ عَلَى غَيْرِهِ، وَكَذَا إذَا شَكَا الْوَرَثَةُ أَوْ

غاية البيان

لوْ شكَا إلى القاضِي الوصيُّ عجزَهُ لا يُجِيبهُ القاضي حتَّى يعْرِفَ العجزَ [٣٢٨/٨ط/م][1] مِنَ الْوَصِيِّ[2] حقيقة. ذكرَهُ تفريعًا على مسألةِ «المُخْتَصَرِ».

قالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «وإنْ كانَ الوَصِيُّ هو الَّذِي شكَا إلى القاضِي عجْزَهُ عنِ التصرُّفِ؛ فعلى القاضي أنْ يَنْظُرَ في ذلكَ، فإنْ عَلِمَ عدالتَهُ وعجْزَهُ عنِ الاستبدادِ؛ ضَمَّ إليْهِ غيرَهُ؛ لأنَّهُ لوْ لمْ يَفْعَلْ ذلكَ: فإمَّا أنْ يتضرَّرَ الوَصِيُّ بالعجزِ عنِ التصرُّفِ في حُقوقِ نفسِهِ، أوْ يَتْرُكَ التصرُّفَ في حوائجِ المُوصِي، فيتَمَكَّنُ الخللُ في مقصودِهِ، ويرتَفِعُ هذا الخللُ بضَمِّ غيرِهِ إليْهِ؛ وإنْ ظَهَرَ عندهُ[3] عجْزُهُ عنِ القيامِ بِالوَصِيَّةِ استبدلَ بهِ؛ لأنَّهُ مأمورٌ بالنظرِ منَ الجانبيْنِ، ولو ظَهَرَ عندَ المُوصِي في حياتِهِ عجْزُهُ استبدلَ بِهِ، فكذلكَ مَنْ قامَ مقامَهُ في النظرِ مِنَ الجانِبَيْنِ وهو القاضِي.

قولُهُ: (وَلِهَذَا قُدِّمَ عَلَى أَبِ الْمَيِّتِ)، أيْ: ولأجْلِ أنَّ وَصِيَّ الميتِ مختارُ الميتِ قُدِّمَ على أبِ الميتِ في التصرُّفِ، فبالطريقِ الأَوْلَى أنْ يُقَدَّمَ الوَصِيُّ على وَصِيِّ القاضِي الَّذِي هو غيرُ أبِ الميتِ.

قَوْلُهُ: (وَكَذَا إذَا شَكَا الْوَرَثَةُ أَوْ بَعْضُهُمُ الْوَصِيَّ إلَى الْقَاضِي، فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَعْزِلَهُ حَتَّى يَبْدُوَ لَهُ مِنْهُ خِيَانَةٌ)، وهذه أيضًا ذُكِرَتْ تفريعًا.

(١) الترقيم الداخلي لهذه اللوحة مكرر.
(٢) وقع بالأصل: «الموصي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٣) وقع بالأصل: «ظهر إليه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

بَعْضُهُمْ الْوَصِيَّ إِلَىٰ الْقَاضِي فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَعْزِلَهُ حَتَّىٰ يَبْدُوَ لَهُ مِنْهُ خِيَانَةٌ لِأَنَّهُ اسْتَفَادَ الْوِلَايَةَ مِنْ الْمَيِّتِ، غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا ظَهَرَتْ الْخِيَانَةُ[1] فَالْمَيِّتُ إِنَّمَا نَصَّبَهُ وَصِيًّا لِأَمَانَتِهِ وَقَدْ فَاتَتْ، وَلَوْ كَانَ فِي الْأَحْيَاءِ لَأَخْرَجَهُ مِنْهَا، فَعِنْدَ عَجْزِهِ يَنُوبُ[2] الْقَاضِي مَنَابَهُ كَأَنَّهُ لَا وَصِيَّ لَهُ.

غاية البيان

وذلكَ لأنَّ المُوصِيَ[3] اختارَهُ ورَضِيَ بِهِ، والشاكِي قدْ يكونُ ظالمًا في شكواهُ. فما[4] لمْ يَتَبَيَّنْ خيانتُهُ لا يحتاجُ القاضِي إلىٰ النيابةِ في النظرِ لهُ والاستبدالِ بِهِ، فإنْ عَلِمَ منهُ خيانةً عزَلَهُ عنِ الوَصِيَّةِ؛ لأنَّ المُوصِيَ اعتمدَ أمانتَهُ حيثُ اختارَهُ، فلوْ كانَ عَلِمَ خيانتَهُ عزَلَهُ ظاهرًا، والقاضِي قائمٌ مقامَ الميتِ نظرًا لهُ، فيعْزِلُهُ لظهورِ خيانتِهِ.

قالَ أبو جعفرٍ الطَّحَاوِيُّ ﷺ في «مُخْتَصَرِهِ»: «وَالأوصياءُ الأحرارُ البالغونَ علىٰ ثلاثةِ مراتبَ: فوَصِيٌّ مأمونٌ علىٰ ما أُوصِيَ بِهِ إليْهِ، مضطلعٌ للقيامِ بِهِ، فلا ينبغِي للحاكمِ أنْ يعترضَ عليهِ، وَوصِيٌّ مأمونٌ غيرُ مضطلعٍ بالقيامِ بِهِ، أيَّدَهُ الحاكمُ بغيرِهِ، وَوصِيٌّ مَخُوفٌ علىٰ ما أُوصِيَ بِهِ [إليه][5]، فيُخْرِجُهُ الحاكمُ مِنَ الوَصِيَّةِ، ويُقِيمُ فيهَا مَنْ يُؤْمَنُ عليهَا، ويضطلعُ بالقيامِ [بها][6]»[7].

وَالأَصْلُ فِي ذَلِكَ[8]: أَنَّ الوَصِيَّ مَنْصُوبٌ لِحِفْظِ مَالِ الْمَيِّتِ وَالِاحْتِيَاطِ لِلصِّغَارِ.

---

(١) في الأصل: «الجناية».
(٢) في الأصل: «ثبوت».
(٣) وقع بالأصل: «الوَصِيّ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٤) وقع بالأصل: «فلما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر الطحاوي».
(٦) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وفي: «مختصر الطحاوي»: «بالقيام فيها».
(٧) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٦١].
(٨) وقع بالأصل: «قوله: الأصل في ذلك...». والمثبت من: «م»، و«فا٢».

قال: ومَنْ أَوْصَىٰ إلى اثْنَيْنِ لَمْ يكُنْ لأحدِهما أنْ يتصرَّفَ عند أبي حنيفةَ ومُحمَّدٍ دُونَ صاحبِهِ إلَّا في أشياءَ مَعْدُودةٍ نُبيِّنُها إنْ شاءَ اللهُ تعالَىٰ.

غاية البيان

قالَ ﷻ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الإسراء: ٣٤]، وقالَ تعالَىٰ: ﴿وَأَن تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ﴾ [النساء: ١٢٧]. وقال ﷻ [٣/٦٠٥و]: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٠].

فإذا كانَ الوَصيُّ مضطلعًا بها مُؤتمنًا عليها لَمْ [٨/٣٢٩م] يَعْتَرِضْ لهُ الحاكمُ؛ لأنَّ الميتَ قدْ أوْصَىٰ إليْهِ ورَضِيَهُ للقيامِ بأمْرِهِ، فلا يُزالُ عنها إلَّا بسببٍ يُوجِبُهُ، وإنْ كانَ مأمونًا غيرَ مضطلعٍ للقيامِ إليها أيَّدَهُ بغيرِهِ؛ لئلَّا يقَعَ عليهِ غَبْنٌ فيما يتصرَّفُ فيه، ولا يَجْرِيَ علىٰ يدِهِ تضييعٌ فيما يتصرَّفُ.

وإنْ كانَ مَخُوفًا عليهَا أخرجَهُ الحاكمُ وأقامَ فيهَا مَنْ يُؤْمَنُ عليْهِ؛ لأنَّ الحاكمَ منصوبٌ لحفْظِ أموالِ الناسِ وحقوقِهِمْ، لا سيَّمَا الأمواتَ والصغارَ منهُمْ، فإذا خافَ مِنَ الوَصيِّ الخيانةَ[1] أخرجَهُ مِنَ الوَصيَّةِ وأسندَهَا إلىٰ غيرِهِ.

قَوْلُهُ: (قالَ: وَمَنْ أَوْصَىٰ إلىٰ اثْنَيْنِ[2] لَمْ يكُنْ لِأحدِهِما أنْ يتصرَّفَ عِندَ أبي حنيفةَ ومُحمَّدٍ ﷺ دُونَ صاحبِهِ). أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ [في «مُخْتَصَرِهِ»][3].

وترتيبُ لفْظِهِ: «ومَنْ أَوْصَىٰ إلىٰ اثنينِ[4] لَمْ يَجُزْ لأحدِهِمَا أنْ يتصرَّفَ عندَ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ ﷺ دونَ صاحبِهِ إلَّا في شِرَاءِ كفَنِ الميتِ وتجْهيزِهِ، وطعامِ الصغارِ وكِسْوتِهِمْ، ورَدِّ وديعةٍ بعَيْنِهَا، وقضاءِ دَيْنٍ، وتنفيذِ وصيَّةٍ بعَيْنِهَا، وعِتْقِ

(١) وقع بالأصل: «الحماية». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) وقع بالأصل: «اثنين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٤) وقع بالأصل: «اثنين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لما وقع في: «مختصر القُدُوري».

....

عَبْدٍ بعَيْنِهِ، والخصومةِ في حقوقِ الميتِ»[1]. إلى هنا لفظُ «المُخْتَصَرِ».

وعندَ أبي يوسفَ ﷺ: لكلٍّ واحدٍ منهُمَا أنْ يَتَصَرَّفَ في المالِ بدونِ صاحبِهِ.

قالَ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مُخْتَصَرِهِ»: «وقالَ ابنُ رستمَ: قالَ محمَّدٌ ﷺ: قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ يجوزُ فِعْلُ أحدِ الوَصِيَّيْنِ[2] في خمسةِ أشياءَ: الشراءِ للكسْوةِ والطعامِ، وتنفيذِ الوَصِيَّةِ، وشراءِ الكفنِ، وتقاضِي الدَّيْنِ، ويكونُ خصمًا عنِ الميتِ، فهذِهِ الخمسةُ أشياءُ يجوزُ فِعْلُهُ فيهَا وحْدَهُ، وهو قولُ محمَّدٍ ﷺ، وقالَ أبو يوسفَ ﷺ: يجوزُ فِعْلُ أحدِهِمَا في جميعِ الأشياءِ كلِّهَا»[3]. إلى هنا لفظُ الكَرْخِيِّ رحمَهُ اللهُ تعالَى.

وقالَ أبو جعفرٍ الطَّحَاوِيُّ ﷺ في «مُخْتَصَرِهِ»: «وليسَ لأحدِ الوَصِيَّيْنِ أنْ يَشْتَرِيَ للوَرَثَةِ إذا كانُوا صغارًا إلَّا الكسْوةَ والطعامَ، وليسَ لهُ أنْ يَشْتَرِيَ خادمًا إنِ احتاجُوا إليهَا إلَّا بأمْرِ صاحبِهِ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ»[4].

قالَ أبو جعفرٍ: «وقالَ محمَّدُ بنُ الحسنِ ﷺ في «نَوادِرِهِ»: وليسَ لأحدِهِمَا أنْ يَفْعَلَ شيئًا دونَ صاحبِهِ إلَّا في ستَّةِ أشياءَ فإنَّها[5] يجوزُ لهُ دونَ أمْرِ صاحبِهِ وهيَ: شِرَاءُ كفنِ الميتِ، وقضاءُ ديونِهِ، وإنفاذُ وصيَّتِهِ فيما أوْصَىٰ بِهِ مِنْ صدقةٍ أوْ نحوِهَا، أوْ شيءٍ لرَجُلٍ كانَ لهُ بعَيْنِهِ في يدِ الميتِ يَدْفَعُهُ إليهِ، وفي الخصومةِ فيما يُدَّعَىٰ عليهِ، وفي الخصومةِ فيما يُدَّعَىٰ للميتِ مِنَ [٣٢٩/٨ط/م] الحقوقِ قِبَلَ الناسِ، فأمَّا غيرُ ذلكَ مِنْ شِرَاءٍ أوْ بَيْعٍ فإنَّهُ لا يجوزُ لهُ دونَ صاحبِهِ»[6].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/٢٤٢].

(٢) وقع بالأصل: «الموصيين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣/٤٠٣/ داماد].

(٤) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٦١].

(٥) وقع بالأصل: «فإنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر الطحاوي».

(٦) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٦١].

وقالَ أبو بكرٍ الرازيُّ ﷺ في شرْحِهِ لـ«مُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ»: «ولَمْ[1] يَذْكُرْ شِرَاءَ الكسوةِ والطعامِ في هذِهِ الروايةِ، وهو ممَّا يجوزُ لأحدِهِمَا أنْ يَفْعَلَهُ في قولِهِمْ جميعًا، وليسَ ما ذَكَرَهُ مِنَ «النوادرِ» مُخالفًا لِمَا في الأصولِ، وإنَّمَا هو تفسيرٌ لِمَا أُجْمِلَ ذِكْرُهُ في الأصولِ»[2].

وقالَ في «المختلفِ»: «إذا أوْصَىٰ إلىٰ رجُلَيْنِ: يتفرَّدُ كُلُّ واحدٍ منهُمَا بالتصرُّفِ في قولِ أبي يوسفَ ﷺ.

وقالَا [٣/٥٥٦ظ]: لا يتفرَّدُ إلَّا في سبعةِ أشياءَ: شراءِ الكفنِ، وقضاءِ الدَّيْنِ مِنَ العينِ، وتنفيذِ الوَصِيَّةِ في عيْنٍ، ورَدِّ الوديعةِ، وشراءِ الطعامِ والكسوةِ للصغيرِ، والخصومةِ، وقبولِ الهديَّةِ»[3].

وحاصِلُهُ ما قالُوا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ»: أنَّ أحدَ الوَصِيَّيْنِ لا يتفرَّدُ بالتصرُّفِ فيما هو مِنْ بابِ الولايةِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ، وقالَ أبو يوسفَ ﷺ: يتفرَّدُ.

وأجمعُوا فيما [هو][4] ليسَ مِنْ بابِ الولايةِ أنَّهُ يتفرَّدُ كُلُّ واحدٍ منهُمَا، وذلكَ مثلُ شراءِ ما لا بُدَّ للصغيرِ منهِ، كالطعامِ والكسوةِ وبَيْعِ ما يُخْشَىٰ عليهِ التَّوَىٰ والتلفَ؛ لأنَّهُ مِنْ بابِ الضرورةِ؛ ولهذا تَمْلِكُهُ الأُمُّ، ومثْلُ شراءِ الكفنِ؛ لأنَّهُ ضروريٌّ لا يُبْتَنَىٰ علىٰ الولايةِ[5]، ألا ترَىٰ أنَّ الأُمَّ تَمْلِكُهُ.

(١) وقع بالأصل: «وإن لم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقع في: «شرح مختصر الطَّحَاوِيِّ».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٤/١٨٧].

(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٩٣٧].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

(٥) وقع بالأصل: «عليه الولاية». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

ولهذا لوْ ماتَ رجلٌ في محلّةِ قومٍ ومعهُ مالٌ، فكفَّنُوهُ ودفنوهُ مِنْ مالِهِ جازَ وإنْ لَمْ تكنْ لهمْ ولايةٌ، ولأنّهُ ربّما يكونُ أحدُ الوَصِيَّيْنِ غائبًا، فلوْ لَمْ يجُزْ شراءُ أحدِهِمَا دخَلَ في ذلكَ ضررٌ وفسادٌ، وكذلكَ شراءُ الكسوةِ والطعامِ للصِّغارِ يجوزُ للبَلْوَىٰ. كذا قالَ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله في «مُختلفِ الروايةِ»[1]، وفي كتابِ «نُكتِ الوَصَايا».

ومثلُ قضاءِ الدَّيْنِ؛ لأنَّ مَنْ لهُ الدَّيْنُ يَمْلِكُ أخذَهُ، فليسَ التسليمُ مِنَ الولايةِ في شيءٍ، وكذلكَ تسليمُ الودائعِ، وكذلكَ رَدُّ المغصوبِ؛ لأنَّ مَنْ لهُ حقٌّ يَمْلِكُهُ أيضًا، وجميعُ الأموالِ الضائعةِ المتفرقةِ يتفرَّدُ بِهِ أحدُهُمَا؛ لأنّهُ ليسَ مِنْ بابِ الولايةِ، ألَا ترَىٰ أنَّ الجيرانَ يفعلونَ ذلكَ، وكذلكَ الخصومةُ فيه يتفرَّدُ بها أحدُهُمَا، كأحدِ الوكيلَيْنِ بالخصومةِ يتفرَّدُ بها أحدُهُمَا، فأحدُ الوَصِيَّيْنِ أوْلَىٰ؛ لأنَّ ولايةَ الوَصِيِّ أعمُّ؛ ولهذا كانَ للوصيِّ أنْ يُوصِيَ إلىٰ غيرِهِ، بخلافِ الوَكِيلِ ليسَ لهُ أنْ يُوَكِّلَ غيرَهُ.

وكذلكَ [٨/٣٢٠/م] بَيْعُ ما يتسارَعُ إليْهِ الفسادُ؛ لأنّهُ مِنْ بابِ الضرورةِ، وكذلكَ رَدُّ البيعِ الفاسدِ علىٰ هذا، وكذلكَ تنفيذُ الوَصِيَّةِ بشيءٍ بعَيْنِهِ إذا كانَ يَخْرُجُ مِنَ الثلثِ، فللمُوصَىٰ لهُ أنْ يأخُذَهُ، فكذلكَ لأحدِهِمَا أنْ يُعِينَهُ علىٰ ذلكَ بالتسليمِ.

قالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ» رحمه الله: «وكذلكَ لأحدِهِمَا أنْ يُنَفِّذَ الوَصَايا المُعَيَّنةَ، أوْ يُنَفِّذَ الوَصِيَّةَ مِنْ جنسِ ذلكَ المالِ الَّذي أوْصَىٰ بهِ، نحوَ ما إذا أوْصَىٰ بدراهمَ لرجلٍ فأدَّىٰ أحدُهُمَا تلكَ الوَصِيَّةَ مِنَ الدراهمِ، أوْ كانتْ ثيابًا فأدَّىٰ مِنْ جنسِ تلكَ الثيابِ مِنْ حيثُ إنّهُ لا يحتاجُ إلىٰ التصرُّفِ فإنّهُ يجوزُ أداؤُهُ، فأمّا إذا احتاجَ إلىٰ

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٩٣٧].

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَنْفَرِدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالتَّصَرُّفِ فِي جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ لِأَنَّ الْوِصَايَةَ سَبِيلُهَا الْوِلَايَةُ وَهِيَ وَصْفٌ شَرْعِيٌّ لَا تَتَجَزَّأُ فَيَثْبُتُ لِكُلٍّ مِنْهُمَا كَمَلًا(1)

غاية البيان

بيع شيءٍ حتَّى يُؤدِّيَ مِنْ ثمنِه الوَصيَّةَ فإنَّ ذلكَ البيعَ لا يجوزُ إلَّا بإذنِ صاحبِه»(2).

كذا ذكَرَ الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ رحمه الله.

وكذلكَ إعتاقُ عبدٍ بعَيْنِه؛ لأنَّه لا يحتاجُ فيه إلى الرأيِ والتدبيرِ، فأمَّا فيمَا سوَى ذلكَ مِنَ البيعِ، والرهنِ، والإجارةِ، والكتابةِ وما أشبهَ ذلكَ فعلَى الاختلافِ، وكذلكَ القاضي وهو الاقتضاءُ، والاقتضاءُ مِنْ بابِ الولايةِ، فلا ينفرِدُ بِهِ أحدُهُمَا، وفسَّرَ الكرخيُّ في «مُخْتَصَرِهِ» التقاضيَ بالقبضِ(3).

احتجَّ أبو يوسفَ رحمه الله: بأنَّ الإيصاءَ مِنْ بابِ الولايةِ، [والولايةُ](4) إذا ثبتَتْ لاثنينِ شرعًا تثبُتُ لكلِّ واحدٍ منهمَا علَى الانفرادِ، كالأخوَيْنِ في بابِ [٣/٥٥٧و] الإنكاحِ، فكذلكَ إذا ثبتَتْ شرطًا أُلحِقَ بِهِ؛ وهذا لأنَّ الولايةَ لا تحتمِلُ التجزُّؤَ، ويتكامَلُ السببُ في حقِّ كُلِّ واحدٍ منهُمَا، فيَثْبُتُ الحُكْمُ لكلِّ واحدٍ منهُمَا، بخلافِ الوكيلَيْنِ، فإنَّ الوكالةَ إنابةٌ، وإنَّما جعلَهُمَا نائبَيْنِ عنهُ في التصرُّفِ، فلا تَثْبُتُ الولايةُ لكلِّ واحدٍ منهُمَا بانفرادِهِ.

وبيانُ الوصفِ: أنَّ ثُبوتَ حقِّ التصرُّفِ للوَصِيِّ لا يكونُ إلَّا بعدَ زوالِ ولايةِ المُوصِي، والإنابةُ تَسْتَدْعِي قيامَ ولايةِ المَنُوبِ عنهُ، وتَبْطُلُ بسقوطِ ولايتِهِ كالوكالةِ، فأمَّا الولايةُ بطريقِ الخلافةِ: تَسْتَدْعِي سقوطَ ولايةِ مَنْ هو أصلٌ لتصيرَ(5) الخلَفُ قائمًا مقامَهُ كالجَدِّ مع الأبِ.

---

(1) في الأصل: «كما».

(2) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيّ [ق/٣١٥].

(3) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤١٠/ داماد].

(4) ما بين المعقوفتين زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«ع»، و«ر».

(5) وقع بالأصل: «فيصير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«ع»، و«ر».

كَوِلَايَةِ الْإِنْكَاحِ لِلْأَخَوَيْنِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْوِصَايَةَ خِلَافَةٌ، وَإِنَّمَا تَتَحَقَّقُ إِذَا انْتَقَلَتِ الْوِلَايَةُ إِلَيْهِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي كَانَ ثَابِتًا لِلْمُوصِي وَقَدْ كَانَ بِوَصْفِ الْكَمَالِ.

غاية البيان

واحتجَّ أبو حَنِيفَةَ ومحمَّدٌ ﷺ: بأنَّ المُوصِيَ إنَّمَا أثبتَ الولايةَ لهما جملةً. فصارتِ الولايةُ مُقَيَّدةً بشَرْطِ اجتماعِ رأيِهِمَا، وذلكَ شَرْطٌ مُفِيدٌ، ولمْ يَثْبُتْ بدونِ ذلكَ الشرطِ، ولأنَّ سببَ هذِهِ الولايةِ التفويضُ، فلا بُدَّ مِنْ مُراعاةِ صفةِ التفويضِ. وإنَّمَا فَوَّضَ إليهِمَا حقَّ التصرُّفِ، فكُلُّ واحدٍ منهُمَا في هذا السببِ بمنزلةِ شَطْرِ العِلَّةِ، وبِشَطْرِ العِلَّةِ لا يَثْبُتُ شيءٌ مِنَ الحُكْمِ، بخلافِ الأخوَيْنِ. فإنَّ السببَ هُنالكَ الأُخُوَّةُ، وهو متكامِلٌ في حقِّ كُلِّ واحدٍ منهُمَا.

[٨/٣٣٠ظ/م] يُوضِّحُهُ: أنَّ ولايةَ التصرُّفِ للوَصِيِّ بعدَ موتِ المُوصِي باعتبارِ اختيارِ المُوصِي ورضاهُ بِهِ، وهو إنَّمَا رَضِيَ برأيِ المُثَنَّى، ورأيُ الواحدِ لا يكونُ كرأيِ المُثَنَّى، ومقصودُهُ توفيرُ المَنْفَعَةِ عليْهِ وعلى ورثتِهِ، وذلكَ[1] عندَ اجتماعِ رأيِهِمَا أظهرُ، فأشبَهَ مِنْ هذا الوجهِ الوكالةَ.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ في كتابِ «نُكَتِ الوَصَايَا»: «وكانَ القياسُ ألَّا يجوزَ تصَرُّفُ أحدِهِمَا دونَ الآخَرِ في الأشياءِ المعدودةِ أيضًا للمَعْنَى الَّذِي ذكرْناهُ، إلَّا أنَّهُمَا استحْسَنَا فيهَا في بعضِهَا لأجْلِ البلوَى، وفي بعضِهَا لأنَّهُ لا يحتاجُ إلى التدبيرِ».

وقالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ في كتابِ «نُكَتِ الوَصَايَا»: «وذُكِرَ عنْ أبي القاسمِ الصفَّارِ وهو أحمدُ بنُ حَمٍّ[2] ﷺ أنَّهُ كانَ يقولُ: هذا الاختلافُ في الَّذِي أوْصَى إليهِمَا جميعًا، فأمَّا إذا أوْصَى إلى هذا على حِدَةٍ، وإلى هذا على حِدَةٍ، فلكلِّ واحدٍ منهُمَا أنْ يتَصَرَّفَ وحدَهُ دونَ صاحبِهِ في قولِهِمْ جميعًا».

(١) وقع بالأصل: «وكذلك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٢) وقع بالأصل: «رحم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«ع»، و«ر». وهو: أحمد بن عصمة أبو القاسم الصفَّار البَلْخِيُّ الفقيه المُحَدِّث. وقد تقدَّمَتْ ترجمته. وحَمٌّ: هو لقبُه.

وَلِأَنَّ اخْتِيَارَ الْأَبِ إِيَّاهُمَا يُؤْذِنُ بِاخْتِصَاصِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالشَّفَقَةِ فَيَنْزِلُ ذَلِكَ مَنْزِلَةَ قَرَابَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. وَلَهُمَا أَنَّ الْوِلَايَةَ تَثْبُتُ بِالتَّفْوِيضِ فَيُرَاعَى وَصْفُ

غاية البيان

قالَ الفقيهُ رحمه الله: «وبهذا القولِ نَأْخُذُ». ثُمَّ قالَ: «وذُكِرَ عنِ الشيخِ أبي بكرٍ الإِسْكَافِ رحمه الله أنَّهُ كانَ يقولُ: الاختلافُ في الفصلَيْنِ واحدٌ، وكانَ أبو موسَى الرَّازِيُّ رحمه الله يقولُ هكذَا، وكانَ يَسْتَدِلُّ بمسألةٍ في كتابِ «الزياداتِ» أنَّ جاريةً بينَ رجلَيْنِ جاءتْ بولدٍ فادَّعَيَاهُ جميعًا فهو ابنُهُمَا.

فإنْ أَوْصَى كلُّ واحدٍ مِنَ الأبوَيْنِ إلى رجلٍ ثُمَّ ماتَا جميعًا؛ فليسَ لأحدِ الوَصِيَّيْنِ أنْ يتَصَرَّفَ دونَ الآخرِ في قولِ أبي حَنيفَةَ ومحمَّدٍ رحمهما الله، وفي قولِ أبي يوسفَ رحمه الله يجوزُ، فقدْ ذَكَرَ في تلكَ المسألةِ الاختلافَ، وإنْ كانَ أَوْصَى كُلُّ واحدٍ منهُمَا إلى رجلٍ على حِدَةٍ قالَ: فكذلكَ [٣/٥٥٧ظ] في هذهِ المسألةِ».

ثُمَّ قالَ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله: «وكانَ الفقيهُ الجليلُ أبو جعفرٍ رحمه الله يقولُ: يَجُوزُ أنْ يُقالَ: إنَّهُ إذا أَوْصَى إليهِمَا جميعًا لا يجوزُ لأحدِهِمَا أنْ يَتَصَرَّفَ دونَ الآخرِ في قولِهِمْ جميعًا، وإنَّما الاختلافُ في الَّذِي أَوْصَى إلى كُلِّ واحدٍ منهُمَا على حِدَةٍ».

ثُمَّ قالَ أبو الليثِ رحمه الله: «ولكنِ الَّذِي قالَهُ أبو القاسمِ الصفَّارُ أصحُّ عندِي، وهو أنَّهُ إذا أَوْصَى إلى كُلِّ واحدٍ منهُمَا على حِدَةٍ؛ جازَ لكُلِّ واحدٍ منهُمَا أنْ يَتَصَرَّفَ في قولِهِمْ جميعًا؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهُمَا صارَ وصيًّا تامًّا؛ لأنَّهُ قدْ رَضِيَ برأيِ كُلِّ واحدٍ منهُمَا، ألَا ترَى أنَّهُ لوْ وَكَّلَ وكيلَيْنِ كُلَّ واحدٍ منهُمَا على حِدَةٍ بالبيعِ [٨/٣٣١و/م] والشراءِ أوْ بالنكاحِ، جازَ لكلِّ واحدٍ منهُمَا أنْ يتَصَرَّفَ في قولِهِمْ جميعًا، فكذلكَ هاهُنَا».

وأمَّا الَّذِي قالَهُ أبو بكرٍ الإِسْكَافُ رحمه الله: فهو أنَّ وصَايتَهُمَا على حِدَةٍ أوْ جميعًا معًا سواءٌ؛ لأنَّهُ ثبتَتْ وصَايتُهُمَا عندَ الموتِ؛ لأنَّ الرجلَ ما لمْ يَمُتْ لا يصيرُ واحدٌ

التَّفْوِيضِ وَهُوَ وَصْفُ الِاجْتِمَاعِ إِذْ هُوَ شَرْطٌ مُقَيِّدٌ، وَمَا رَضِيَ الْمُوصِي إِلَّا بِالْمُثَنَّى وَلَيْسَ الْوَاحِدُ كَالْمُثَنَّى، بِخِلَافِ الْأَخَوَيْنِ فِي الْإِنْكَاحِ لِأَنَّ السَّبَبَ هُنَالِكَ الْقَرَابَةُ وَقَدْ قَامَتْ بِكُلٍّ مِنْهُمَا كَمُلًا، وَلِأَنَّ الْإِنْكَاحَ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ لَهَا [٢٩٦/د] عَلَى الْوَلِيِّ، حَتَّى لَوْ طَالَبَتْهُ بِإِنْكَاحِهَا مِنْ كُفْؤٍ يَخْطُبُهَا يَجِبُ عَلَيْهِ وَهُنَا حَقُّ التَّصَرُّفِ للمولى[1]، وَلِهَذَا بَقِيَ مُخَيَّرًا فِي التَّصَرُّفِ، فَفِي[2] الْأَوَّلِ أَوْفَى حَقًّا عَلَى صَاحِبِهِ فيصح، وفي[3] الثَّانِي اسْتَوْفَى حَقًّا لِصَاحِبِهِ فَلَا يَصِحُّ أَصْلُهُ الدَّيْنُ الَّذِي عَلَيْهِمَا وَلَهُمَا، بِخِلَافِ الْأَشْيَاءِ الْمَعْدُودَةِ لِأَنَّهَا مِنْ بَابِ الضَّرُورَةِ لَا مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ، وَمَوَاضِعُ الضَّرُورَةِ مُسْتَثْنَاةٌ أَبَدًا، وَهِيَ مَا اسْتَثْنَاهُ فِي الْكِتَابِ وَأَخَوَاتِهَا. فَقَالَ (إِلَّا فِي شِرَاءِ كَفَنِ الْمَيِّتِ وَتَجْهِيزِهِ) لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ فَسَادَ الْمَيِّتِ وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الْجِيرَانُ عند ذلك ....

منهُمَا وصِيًّا، فإذا ثبتَ أنهُمَا صارَا وَصِيَّيْنِ في حالةٍ واحدةٍ؛ صارتِ الوِصَايَةُ في حالةٍ واحدةٍ وفي حالَيْنِ سواءً». كذا في كتابِ «نُكَتِ الوَصَايَا».

قَوْلُهُ: (إِذْ هُوَ شَرْطٌ مُقَيِّدٌ)، أيْ: وَصْفُ الاجتماعِ شَرْطٌ مقيدٌ.

قَوْلُهُ: (فَفِي الْأَوَّلِ أَوْفَى حَقًّا عَلَى صَاحِبِهِ)، أيْ: في الإنكاحِ أوفَى أحدُ الأخوَيْنِ حقًّا واجبًا على صاحبِهِ (وَفِي الثَّانِي)، أيْ: في الوِصَايَةِ اسْتَوْفَى أحدُ الوَصِيَّيْنِ حقًّا لصاحِبِهِ، فصحَّ الأوَّلُ دونَ الثاني.

أَصْلُهُ: الدَّيْنُ إذا كانَ على الرجُلَيْنِ فأدَّى أحدُهُمَا ما على الآخَرِ صحَّ، وإذا كانَ الدَّيْنُ لرجليْنِ فاستوفَى أحدُهُمَا نصيبَ الآخَرِ لا يَصِحُّ.

قَوْلُهُ: (وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الْجِيرَانُ)، أيْ: ولأجْلِ أنَّ في تأخيرِ شراءِ الكفنِ فسادَ

(١) في (ط): «للوصي».

(٢) في الأصل: «يبقى».

(٣) في الأصل: «وفاء».

وطعامِ الصِّغَارِ وكِسْوَتِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ يَخَافُ مَوْتَهُمْ جُوعًا وَعُرْيًا (وَرَدِّ الْوَدِيعَةِ بِعَيْنِهَا وَرَدِّ الْمَغْصُوبِ وَالْمُشْتَرَىٰ شِرَاءً فَاسِدًا وَحِفْظِ الْأَمْوَالِ وَقَضَاءِ الدُّيُونِ) لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ الْمَالِكُ، وَصَاحِبُ الدَّيْنِ إذَا ظَفِرَ بِجِنْسِ حَقِّهِ وَحِفْظُ الْمَالِ يَمْلِكُهُ مَنْ يَقَعُ فِي يَدِهِ فَكَانَ مِنْ بَابِ الْإِعَانَةِ، وَلِأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَىٰ الرَّأْيِ (وَتَنْفِيذِ وَصِيَّةٍ بِعَيْنِهَا وَعِتْقِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ) لِأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَىٰ الرَّأْيِ (وَالْخُصُومَةِ فِي حَقِّ الْمَيِّتِ) لِأَنَّ الِاجْتِمَاعَ فِيهَا مُتَعَذِّرٌ وَلِهَذَا يَنْفَرِدُ بِهَا أَحَدُ الْوَكِيلَيْنِ (وَقَبُولِ الْهِبَةِ) لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ خِيفَةَ الْفَوَاتِ، وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُهُ الْأُمُّ وَالَّذِي فِي حِجْرِهِ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ (وَبَيْعِ مَا يَخْشَىٰ عَلَيْهِ التَّوَىٰ وَالتَّلَفَ) لِأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً لَا تُخْفَىٰ (وَجَمْعِ الْأَمْوَالِ الضَّائِعَةِ) لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ خَشْيَةَ الْفَوَاتِ، وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُهُ كُلُّ مَنْ وَقَعَ فِي يَدِهِ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ.

وفي: «الجامع الصغير»: وَلَيْسَ لِأَحَدِ الْوَصِيَّيْنِ أَنْ يَبِيعَ وَيَتَقَاضَىٰ، وَالْمُرَادُ بِالتَّقَاضِي: الِاقْتِضَاءُ، كَذَا كَانَ الْمُرَادُ مِنْهُ فِي عُرْفِهِمْ، وَهَذَا لِأَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا جَمِيعًا فِي الْقَبْضِ، وَلِأَنَّهُ فِي مَعْنَىٰ الْمُبَادَلَةِ لَا سِيَّمَا عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ فَكَانَ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ.

غاية البيان

الميتِ ؛ يَمْلِكُ الجيرانُ التكفينَ.

قَوْلُهُ: (وَطَعَامِ الصِّغَارِ وَكِسْوَتِهِمْ)، بالجرِّ عطفًا على قولِهِ (فِي شِرَاءِ الْكَفَنِ)، وكذلكَ قَوْلُهُ: (وَرَدِّ الْوَدِيعَةِ بِعَيْنِهَا، وَرَدِّ الْوَدِيعَةِ بِعَيْنِهَا، وَرَدِّ الْمَغْصُوبِ، وَالْمُشْتَرَىٰ شِرَاءً فَاسِدًا، وَحِفْظِ الْأَمْوَالِ، وَقَضَاءِ الدَّيْنِ) كلُّ ذلكَ بالجرِّ، وكذلكَ قولِهِ: (وَتَنْفِيذِ وَصِيَّةٍ بِعَيْنِهَا، وَعِتْقِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ)، و(الْخُصُومَةِ)، و(قَبُولِ الْهِبَةِ)، و(بَيْعِ مَا يَخْشَىٰ عَلَيْهِ التَّوَىٰ وَالتَّلَفَ)، (وَجَمْعِ الْأَمْوَالِ الضَّائِعَةِ)، كلُّ ذلكَ بالجرِّ.

قَوْلُهُ: (وَالْمُرَادُ بِالتَّقَاضِي: الِاقْتِضَاءُ)، أي: القبضُ.

ولو أَوْصَىٰ إِلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ عَلَىٰ الِانْفِرَادِ، قِيلَ: يَنْفَرِدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالتَّصَرُّفِ بمنزلة بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلَيْنِ إِذَا وَكَّلَ[١] كُلَّ وَاحِدٍ عَلَىٰ الِانْفِرَادِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ[٢] لَمَّا أَفْرَدَ فَقَدْ رَضِيَ بِرَأْيِ الْوَاحِدِ. وَقِيلَ الْخِلَافُ فِي الْفَصْلَيْنِ وَاحِدٌ، وَهُوَ الْأَصَحُّ لِأَنَّ وُجُوبَ الْوَصِيَّةِ عِنْدَ الْمَوْتِ بِخِلَافِ الْوَكِيلَيْنِ، لِأَنَّ الْوَكَالَةَ تَتَعَاقَبُ.

فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا: جَعَلَ الْقَاضِي مَكَانَهُ وَصِيًّا آخَرَ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ الْبَاقِيَ عَاجِزٌ عَنْ التَّفَرُّدِ بِالتَّصَرُّفِ فَيَضُمُّ [٢٩٧/و] الْقَاضِي إِلَيْهِ وَصِيًّا آخَرَ نَظَرًا لِلْمَيِّتِ عِنْدَ عَجْزِهِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ الْحَيُّ مِنْهُمَا وَإِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَىٰ التَّصَرُّفِ فَالْمُوصِي قَصَدَ أَنْ يَخْلُفَهُ مُتَصَرِّفًا فِي حُقُوقِهِ، وَذَلِكَ مُمْكِنُ التَّحَقُّقِ بِنَصْبِ وَصِيٍّ آخَرَ مَكَانَ الْمَيِّتِ.

غاية البيان

قَوْلُهُ: (لَوْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ عَلَىٰ الِانْفِرَادِ، قِيلَ: يَنْفَرِدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالتَّصَرُّفِ)، وهو قولُ أبي القاسمِ الصفَّارِ، وإليه ذهبَ الفقيهُ أبو الليثِ ﵀، وقيلَ: الخلافُ في الفصليْنِ واحِدٌ، وهو قولُ أبي بكرٍ الإِسْكَافِ ﵀. وقدْ مَرَّ قبلَ هذا.

قَوْلُهُ: (فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا: جَعَلَ الْقَاضِي مَكَانَهُ وَصِيًّا آخَرَ)، ذكرَهُ بسبيلِ التفريعِ علىٰ مسألةِ «المُخْتَصَرِ»، أيْ: إنْ ماتَ أحدُ الوَصِيَّيْنِ جعلَ القاضي مكانَهُ وصيًّا آخَرَ، [أمّا][٣] عندهُمَا فظاهِرٌ؛ لأنَّ أحدَ الوَصِيَّيْنِ لا يتفرَّدُ بالتصرُّفِ عندهُمَا فيما سِوَىٰ الأشياءِ المعدودةِ، وكانَ أحدُهُمَا عاجزًا عنِ التفرُّدِ بالتصرُّفِ، والقاضي قائِمٌ مقامَ الميتِ في النظرِ لعَجْزِهِ، فيَضُمُّ إلىٰ الحيِّ وصيًّا آخَرَ نظرًا للميتِ.

---

(١) في الأصل: «إذ نكل».

(٢) في الأصل: «الانفراد ولاية».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«قا٢»، و«غ»، و«ر».

[وَلَوْ أَنَّ الْمَيِّتَ][1] مِنْهُمَا أَوْصَىٰ إِلَىٰ الْحَيِّ فَلِلْحَيِّ أَنْ يَتَصَرَّفَ وَحْدَهُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا أَوْصَىٰ إِلَىٰ شَخْصٍ آخَرَ. وَلَا يَحْتَاجُ الْقَاضِي إِلَىٰ نَصْبِ وَصِيٍّ آخَرَ لِأَنَّ رَأْيَ الْمَيِّتِ بَاقٍ حُكْمًا بِرَأْيِ مَنْ يَخْلُفُهُ.

غاية البيان

[٥٥٨/٣و] وأمَّا عندَ أبي يوسفَ ﷺ: إنْ كانَ أحدُ الوَصِيَّيْنِ [٣٣١/٨ظ/م] ينفردُ بالتصرُّفِ في كلِّ الأشياءِ؛ فيَضُمُّ القاضي إلىٰ الحيِّ وصِيًّا آخَرَ؛ لأنَّ مقصودَ الميتِ كانَ أنْ يخْلُفَهُ اثنانِ في التصرُّفِ، وتحقيقُ مقصودِهِ بضَمِّ وَصِيٍّ آخَرَ إلىٰ الباقي مُمْكِنٌ، فيَضُمُّهُ القاضِي إليْهِ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَنَّ الْمَيِّتَ مِنْهُمَا أَوْصَىٰ إِلَىٰ [الْحَيِّ][2] فَلِلْحَيِّ أَنْ يَتَصَرَّفَ وَحْدَهُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ)، ذكرَهُ بسبيلِ التفريعِ أيضًا؛ وذلكَ لأنَّ رأيُ الميتِ باقٍ هنا حُكْمًا برأيِ مَنْ يخْلُفُهُ، فصارَ كما لوْ أوْصَىٰ إلىٰ شخصٍ آخَرَ فلا يحتاجُ القاضي إلىٰ نَصْبِ وَصِيٍّ آخَرَ.

وقالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «ورَوَىٰ الحسنُ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ أنَّ الحيَّ لا ينفردُ بالتصرُّفِ[3] هنا؛ لأنَّ المُوصِيَ ما رَضِيَ برأيِهِ وحْدَهُ، ولا يكونُ للوَصِيِّ أنْ يرضَىٰ بما يَعْلَمُ أنَّ المُوصِيَ لمْ يَرْضَ بِهِ، بخلافِ ما أوْصَىٰ إلىٰ غيرِهِ»[4].

وقالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ: «وإذَا كانَا وَصِيَّيْنِ فماتَ أحدُهُمَا، وأوْصَىٰ إلىٰ صاحِبِهِ؛ فهو جائِزٌ، ويجوزُ للباقي أنْ يَتَصَرَّفَ في المالِ، ورُوِيَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ أنَّهُ قالَ: لا يجوزُ، ويَنْبَغِي للقاضِي أنْ يَجْعَلَ معهُ آخَرَ.

---

(١) ليس في الأصل.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) وقع بالأصل: «بالوَصِيَّة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «المبسوط» للسرخسيِّ.

(٤) ينظر: «المبسوط» للسرخسيِّ [٢٢/٢٨].

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَنْفَرِدُ بِالتَّصَرُّفِ لِأَنَّ الْمُوصِيَ مَا رَضِيَ بِتَصَرُّفِهِ وَحْدَهُ، بِخِلَافِ مَا إذَا أَوْصَىٰ إلَىٰ غَيْرِهِ لِأَنَّهُ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ بِرَأْيِ الْمُثَنَّىٰ كَمَا رَضِيَهُ الْمُتَوَفَّىٰ.

وَإِذَا مَاتَ الْوَصِيُّ وَأَوْصَىٰ إلَىٰ آخَرَ؛ فَهُوَ وَصِيُّهُ فِي تَرِكَتِهِ وَتَرِكَةِ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ عِنْدَنَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَكُونُ وَصِيًّا فِي تَرِكَةِ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ؛ اعْتِبَارًا بِالتَّوْكِيلِ

وَجْه هذِهِ الروايةِ: أنَّ الميتَ لَمَّا أَوْصَىٰ إلىٰ صاحِبِه فقدْ رَضِيَ بتصرُّفِه، فصارَ فِعْلُهُ كفِعْلِهِمَا جميعًا، ألَا ترَىٰ أنَّهُمَا لوْ كانَا حيَّيْنِ فأَذِنَ أحدُهُمَا لصاحِبِه أنْ يَبِيعَ ويَشْتَرِيَ، ففَعَلَ جازَ فِعْلُهُ في قولهِمَا جميعًا، فكذلكَ ها هُنَا.

وأمَّا مذهَبُ أبي حَنِيفَةَ ﷺ الَّذِي رَوَىٰ عنهُ [هلالٌ][1] في كتابِ «الوَقْفِ»: أنَّ الميتَ رَضِيَ برأيِ الاثنينِ ولمْ يَرْضَ برأيِ أحدِهِمَا، وفي اجتماعِ رأيِهِمَا منفعةٌ؛ لأنَّ الميتَ قَصَدَ أنْ يكونَ مالُهُ بتدبيرِ اثنيْنِ؛ لكيْ يكونَ كلُّ واحدٍ منهُمَا رقيبًا علىٰ صاحبِه، فإذا ماتَ أحدُهُمَا فقدْ فاتَ ذلكَ المعْنَىٰ، فلا يجوزُ أنْ يكونَ مالُهُ بتدبيرِ إنسانٍ واحدٍ». كذا ذكرَ في كتابِ: «نُكَتِ الوَصَايَا».

قَوْلُهُ: (وَإِذَا مَاتَ الْوَصِيُّ وَأَوْصَىٰ إلَىٰ آخَرَ؛ فَهُوَ وَصِيُّهُ فِي تَرِكَتِهِ وَتَرِكَةِ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: لَا يَكُونُ وَصِيًّا فِي تَرِكَةِ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ). ذكرَهُ بسبيلِ التفريعِ أيضًا.

قالَ في «وجيزِهِمْ»: «أمَّا الوَصِيُّ: فليسَ لهُ الْإِيصَاءُ إلَّا إذا أَذِنَ لهُ الوليُّ في الْإِيصَاءِ، فلهُ ذلكَ علىٰ أصحِّ القولَيْنِ»[2]، إلىٰ هنا لفظُ «الوجيزِ».

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) ينظر: «الوجيز/مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٧/٢٧٢].

فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ، الْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ رَضِيَ بِرَأْيِهِ لَا بِرَأْيِ غَيْرِهِ. وَلَنَا أَنَّ الْوَصِيَّ يَتَصَرَّفُ بِوِلَايَةٍ مُنْتَقِلَةٍ إِلَيْهِ فَيَمْلِكُ الْإِيصَاءَ إِلَىٰ غَيْرِهِ كَالْجَدِّ؛ أَلَا يُرَىٰ أَنَّ الْوِلَايَةَ

غاية البيان

وَجْهُ قَوْلِهِ: أنَّ الميتَ رَضِيَ برأيِ الوَصِيِّ لا برأيِ غيرِهِ، فصارَ كالوكيلِ في حالِ الحياةِ، ثُمَّ الوَكِيلُ لا يجوزُ أنْ يُوَكِّلَ غيرَهُ، فكذا الوَصِيُّ لا يَجُوزُ [له][1] أنْ يُوصِيَ إلىٰ غيرِهِ.

ولنا: أنَّ الوَصِيَّ إنَّما يَتَصَرَّفُ بولايةٍ مُنتقلةٍ إليْهِ مِنَ الميتِ بطريقِ الخلافةِ عنهُ كالجَدِّ، أَلَا تَرَىٰ أنَّ الوِلَايَةَ تنتَقِلُ منهُ إلىٰ الوَصِيِّ في المالِ، وإلىٰ الجَدِّ في النفسِ، حتَّىٰ كانَ لهُ تَزْوِيجُ [٨/٣٣٢و/م] الصِّغَارِ والصَّغَائِرِ[2]، واستيفاءُ القصاصِ، ثُمَّ الجَدُّ يقومُ مقامَ الأبِ؛ لأنَّهُ خَلَفٌ عنهُ، فيُوصِي إلىٰ غيرِهِ، وكذا الوَصِيُّ؛ لأنَّهُ خَلَفٌ عنِ الميتِ أيضًا، فجازَ أنْ يُوصِيَ إلىٰ غيرِهِ فيمَا لهُ وِلَايَةٌ عندَ موتِهِ.

وكانَ للوَصِيِّ وِلَايَةٌ عندَ موتِهِ في مالِهِ وتركةِ المُوصِي جميعًا، فتصحُّ وصايتُهُ[3] فيهما جميعًا، فينزلُ الوَصِيُّ الثاني منزلةَ الوَصِيِّ الأوَّلِ فيهِمَا، ولأنَّ مقصودَ المُوصِي أنْ يتدارَكَ برأيِ الوَصِيِّ ما فرَّطَ فيه بنفسِهِ، ولَمَّا استعانَ بِهِ معَ عِلْمِهِ أنَّ المنيَّةَ تخترِمُهُ قبلَ حصولِ مقصودِ المُوصَىٰ منهُ؛ صارَ راضيًا بإيصائِهِ إلىٰ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) يعني: جَمْع صغيرة، وقد اشتهرَ هذا الجمْعُ علىٰ ألْسِنة كثير مِن الفقهاء، وقد اعترضَه غيرُ واحد مِن النحاة وأنكروه. قال في «المصباح»: «الصغيرةُ صفةٌ جمْعُها: صِغَار، ولا تُجْمَع علىٰ صغائر. قال ابنُ يعيش: إذا كانت فعيلة لمؤنَّث ولَمْ تكن بمعنَىٰ مفعولة؛ فلِجَمْعها ثلاثةُ أمثلة: فِعَال بالكسر، وفعائل، وفعلاء. فالأول مثْل: صَبِيحة وصِبَاح، والثاني مثْل: صحيفة وصحائف، وقد يسْتَغنون بفِعال عن فعائل؛ قالوا: سَمِينة وسِمَان، وصَغِيرة وصِغَار، وكبيرة وكِبَار، ولَمْ يقولوا: سمَائن ولا صغائر ولا كبائر في السِّنِّ، وإنما جاء ذلك في الذُّنوب». وقال ابنُ معصوم: «وهي صَغِيرة، وهنَّ صَغِيرَات، وصِغَار، ولا تقُل: صَغائر إلا في الذُّنوب». ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [١/٣٤٠/ مادة: صغر]، و«الطراز الأول» لابن معصوم [٨/٢٤٨].

(٣) وقع بالأصل: «وصيته». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

الَّتِي كَانَتْ ثَابِتَةً لِلْمُوصِي تَنْتَقِلُ إِلَىٰ الْوَصِيِّ فِي الْمَالِ وَإِلَىٰ الْجَدِّ فِي النَّفْسِ، ثُمَّ الْجَدُّ قَائِمٌ مُقَامَ الْأَبِ فِيمَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ فَكَذَا الْوَصِيُّ، وَهَذَا لِأَنَّ الْإِيصَاءَ[1]

غاية البيان

غيرِهِ دلالةً لتتميمِ مقصودِهِ، وليسَ الوَصِيُّ كَالوَكِيلِ؛ لأنَّ [٣/٥٥٨ظ] المُوَكِّلَ حيٌّ قائمٌ يُمْكِنُهُ تحصيلُ مقصودِهِ بنفسِهِ، فلا يتضمَّنُ توكيلُهُ توكيلَ وكيلِهِ غيرَهُ دلالةً، أوْ إيصاءَ وكيلِهِ إلىٰ غيرِهِ عندَ موتِهِ.

وقالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ في كتابِ «نُكَتِ الوَصَايَا»: «إذا أَوْصَىٰ الوَصِيُّ إلىٰ الثاني في تركتِهِ وتركةِ الأوَّلِ؛ فالثاني وصيُّهُمَا جميعًا، وأمَّا إذا أَوْصَىٰ إلىٰ الثاني ولمْ يذكُرْ تركةَ الأوَّلِ؛ في قولِ عُلمائِنَا: صارَ الثاني وصِيُّهُمَا أيضًا، وفي قولِ ابنِ أبي لَيْلَىٰ ﷺ: يكونُ للثاني خاصَّةً، ولا يكونُ وصيًّا للأوَّلِ.

فأمَّا إذا أَوْصَىٰ إليْهِ في تركتِهِ وتركةِ الأوَّلِ؛ جازَ ذلكَ، وهو طريقُ الاستحسانِ، وكانَ القياسُ ألَّا يجوزَ؛ لأنَّ الوَصِيَّ بمنزلةِ الوَكِيلِ، وليسَ للوَكِيلِ أنْ يُوَكِّلَ غيرَهُ ما لمْ يُؤْمَرْ بذلكَ، فكذلكَ ليسَ لهُ أنْ يُوصِيَ في مالِ الأوَّلِ إذا لمْ يُؤْمَرْ.

وفي الاستحسانِ: يجوزُ؛ لأنَّ الأوَّلَ لَمَّا أَوْصَىٰ إليْهِ، فقدْ عَلِمَ أنَّ الوَصِيَّ لا يعيشُ أبدًا، ولمْ يُحِبَّ أنْ تكونَ أمورُهُ ضائعةً، فصارَ كأنَّهُ أَذِنَ لهُ أنْ يُوصِيَ إلىٰ غيرِهِ منْ طريقِ الدلالةِ، وإنْ لمْ يأذَنْ لهُ بالإفصاحِ، ولوْ كانَ أَذِنَ لهُ بالإفصاحِ جازَ لهُ حينئذٍ أنْ يُوصِيَ إلىٰ غيرِهِ، فكذلكَ إذا أَذِنَ لهُ بالدلالةِ، بخلافِ الوَكَالَةِ؛ لأنَّ الوَكَالَةَ لا تَصِحُّ بعدَ الموتِ.

وأمَّا إذا أَوْصَىٰ الثاني ولمْ يذكرْ تركةَ الأوَّلِ: ففي قولِ ابنِ أبي لَيْلَىٰ: يكونُ وصيًّا لهُ خاصَّةً، ولا يكونُ وصيًّا للأوَّلِ؛ لأنَّهُ جعَلَهُ وصِيَّ نفسِهِ، ولمْ يجْعلْهُ وَصِيَّ الأوَّلِ.

---

(١) في الأصل: «الاتصال».

إِقَامَةُ غَيْرِهِ مُقَامَهُ فِيمَا لَهُ وِلَايَة، وَعِنْدَ الْمَوْتِ كَانَتْ لَهُ الوِلَايَةُ فِي التَّرِكَتَيْنِ فَنزِلُ الثَّانِي مَنْزِلَتَهُ فِيهِمَا.

وَلِأَنَّهُ لَمَّا اسْتَعَانَ بِهِ فِي ذَلِكَ مَعَ عِلْمِهِ أَنَّهُ قَدْ تَعْتَرِيهِ الْمَنِيَّةُ قَبْلَ تَتْمِيمِ مَقْصُودِهِ بِنَفْسِهِ وهو تَلَافِي مَا فَرَطَ مِنْهُ صَارَ رَاضِيًا بِإِيصَائِهِ إِلَى غَيْرِهِ، بِخِلَافِ

غاية البيان

وأمَّا مذهبُ عُلمائِنا رحمهم الله: أنَّ الوَصِيَّ لَمَّا أوْصَىٰ إلىٰ الثاني؛ فقدْ فوَّضَ إليْهِ أمورَ نفسِهِ، وأمورُ الأوَّلِ مِنْ أمورِ نفسِهِ، فصارَ كأنَّهُ أوْصَىٰ إليْهِ في تركةِ الأوَّلِ أيضًا مِنْ طريقِ الدلالةِ؛ لأنَّهُ مِنْ أُمورِهِ، وإنْ لَمْ يَذْكُرْ بالإفصاحِ، فإذا كانَ هكذا صارَ الثاني وصِيَّهُمَا جميعًا».

وقالَ الفقيهُ [٨/٣٣٢ظ/م] أبو الليثِ رحمه الله في «مُخْتَلَفِ الروايةِ»: «ولوْ أنَّ هذا الوَصِيَّ قالَ للثاني: جعلتُكَ وصيًّا في تركتِي؛ فقدْ رُوِيَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله أنَّهُ قالَ: هو وصيُّهُ في المالَيْنِ جميعًا، ورُوِيَ عنْ أبي يُوسفَ ومحمَّدٍ رحمهما الله أنَّهُمَا قالَا: هو وَصِيٌّ في تركةِ الثاني خاصَّةً[1].

وَجْهُ قولِهِمَا: أنَّهُ يتصرَّفُ بالأمرِ، فاختصَّ تصرُّفُهُ بما خُصَّ بالأمرِ كَالوَكِيلِ.

ولأبي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّ تركةَ مُوصِيهِ تركتُهُ أيضًا، فللوَصِيِّ الثاني أنْ يتصرَّفَ فيهِمَا جميعًا، ولا يختصُّ تصرُّفُهُ بنوعٍ دونَ نوعٍ، كما أنَّهُ لوْ أوْصَىٰ إليْهِ في العينِ؛ كانَ وصيًّا في العينِ والدَّيْنِ جميعًا عندَ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله.

قَوْلُهُ: (وَعِنْدَ الْمَوْتِ كَانَتْ لَهُ الوِلَايَةُ فِي التَّرِكَتَيْنِ)، أيْ: عندَ موتِ الوَصِيِّ كانتْ لهُ وِلَايَةٌ في مالِ نفسِهِ الَّذِي يَتْرُكُهُ، وفي تركةِ مُوصِيهِ، فينزلُ الثاني منزلةَ الأوَّلِ في المالَيْنِ جميعًا، فيصِحُّ تصرُّفُهُ فيهِمَا جميعًا.

قَوْلُهُ: (تَلَافِي مَا فَرَطَ مِنْهُ)، أيْ: تَدارُكُ ما سبَقَ مِنَ الميتِ في التقصيرِ، ولوْ

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٩٣٢ ـ ١٩٣٣].

الْوَكِيلِ لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ حَيٌّ يُمْكِنُهُ أَنْ يُحَصِّلَ مَقْصُودَهُ بِنَفْسِهِ فَلَا يَرْضَىٰ بِتَوْكِيلِ غَيْرِهِ وَالْإِيصَاءُ إِلَيْهِ.

قَالَ: وَمُقَاسَمَةُ الْوَصِيِّ الْمُوصَىٰ لَهُ عَنِ الْوَرَثَةِ جَائِزَةٌ، وَمُقَاسَمَةُ الْوَرَثَةِ عَنِ الْمُوصَىٰ لَهُ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ خَلِيفَةُ الْمَيِّتِ حَتَّىٰ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ وَيُرَدَّ عَلَيْهِ

غاية البيان

قالَ: مَا فَرَّطَ فيهِ بالتشديدِ؛ كانَ أَوْلَىٰ، أي: ما قصَّرَ فيهِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمُقَاسَمَةُ الْوَصِيِّ الْمُوصَىٰ لَهُ عَنِ الْوَرَثَةِ جَائِزَةٌ، وَمُقَاسَمَةُ الْوَرَثَةِ عَنِ الْمُوصَىٰ لَهُ بَاطِلَةٌ)، أيْ: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**»[1].

والمُقَاسَمَةُ: فِعْلُ القِسْمَةِ بينَ اثنينِ، وهو أنْ يَقْسِمَ كُلُّ واحدٍ منهُمَا معَ الآخرِ شيئًا[2].

اعلمْ: أنَّ مُقاسمةَ الوَصِيِّ المُوصَىٰ لهُ بالثلثِ نيابةً عنِ الوَرَثَةِ إذا كانُوا صغارًا [٣/٥٥٩و] وكانَ بعضُهُمْ كبيرًا غائبًا جائزةٌ، حتَّىٰ لوْ أفْرَزَ نصيبَ المُوصَىٰ لهُ بالثلثِ إيَّاهُ، وأمسكَ الثلثَيْنِ للوَرَثَةِ، فهلَكَ الثلثانِ في يدِهِ؛ لمْ تَرْجِعِ الوَرَثَةُ على المُوصَىٰ لهُ بشيءٍ؛ لأنَّ قِسْمَتَهُ لَمَّا جازَتْ عليهِمْ صارَ هلاكُ نصيبِهِمْ في يدِهِ كهلاكِهِ في أيديهِمْ.

ولوْ كانَ هلاكُهُ في أيديهِمْ بعدَ القِسْمَةِ لمْ يَرْجِعوا على المُوصَىٰ لهُ بشيءٍ، فكذا هذا، ومقاسمةُ الوَصِيِّ الوَرَثَةَ نيابةً عنِ المُوصَىٰ لهُ باطلةٌ، حتَّىٰ لوْ أعْطَى الوَرَثَةَ نصيبَهُمْ، وأمسكَ نصيبَ المُوصَىٰ لهُ في يدِهِ، وهو الثلثُ، فهلَكَ الثلثُ في يدِهِ؛ كانَ للمُوصَىٰ لهُ أنْ يَرْجِعَ على الوَرَثَةِ بثُلثِ ما في أيديهِمْ، فصارَ هلاكُهُ بعدَ قسمةِ الوَصِيِّ كهلاكِهِ قبْلَ القِسْمَةِ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٢٨].

(٢) وقع بالأصل: «شيء». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

بِهِ وَيَصِيرَ مَغْرُورًا بِشِرَاءِ الْمُورِثِ وَالْوَصِيُّ خَلِيفَةُ الْمَيِّتِ أَيْضًا فَيَكُونُ خَصْمًا

غاية البيان

ولوْ هلَكَ شيءٌ قبلَ القِسْمَةِ كانَ الباقي أثلاثًا بينَ الوَرَثَةِ والمُوصَىٰ لهُ، فكذلكَ بعدَ القِسْمَةِ؛ لأنَّ قِسْمَتَهُ كلا قسْمةٍ، ولكنْ لا ضمانَ علىٰ الوَصِيِّ؛ لأنَّهُ أمينٌ في الحفظِ، دائمٌ علىٰ القبضِ الأوَّلِ.

وَوَجْهُ ذلكَ: أنَّ الوَارِثَ قائمٌ مقامَ الميتِ، خَلَفٌ عنهُ في أملاكِهِ مِنْ كلِّ وَجْهٍ، والوَصِيُّ نائبٌ منابَ الميتِ، فيكونُ قائمًا مقامَ الوَارِثِ في حُكْمِ الخلافَةِ، فصحَّتِ قِسْمتُهُ عليهِمْ؛ ولهذا يَرُدُّ الوَارِثُ [٨/٣٣٣م] بالعيبِ، ويُرَدُّ عليْهِ بِهِ، ويصيرُ مغْرورًا بشراءِ المَوْرُوثِ، فصارَ هلاكُ[1] نصيبِهِمْ في يدِهِ كهلاكِهِ في أيديهِمْ.

أمَّا المُوصَىٰ لهُ: فليسَ بخلَفٍ عنِ الميتِ مِنْ كلِّ وَجْهٍ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ تمليكٌ مبتدأٌ؛ ولهذا لا يَرُدُّ[2] المُوصَىٰ لهُ بالعيبِ ولا يُرَدُّ عليْهِ، ولا يصيرُ مغرورًا بشراءِ المُوصِي، فإذا لمْ يكنِ المُوصَىٰ لهُ خلَفًا عنِ الميتِ مِنْ كلِّ وَجْهٍ؛ لمْ يَلْزَمْ مِنْ ضرورةِ كونِ الوَصِيِّ قائمًا مقامَ الميتِ أنْ يكونَ قائمًا مقامَ المُوصَىٰ لهُ، والمُوصَىٰ لهُ لمْ يُفَوِّضِ الأمرَ إلىٰ الوَصِيِّ، فلا تَنْفُذُ قسمةُ الوَصِيِّ[3] عليْهِ، فصارَ هلاكُ نصيبِ المُوصَىٰ لهُ بعدَ مُقاسمةِ الوَصِيِّ[4] عليْهِ كهلاكِهِ قبلَ القِسْمَةِ، ولوْ هلَكَ قبلَ القِسْمَةِ كانَ الباقي مُشْتركًا، فكذا بعدَ القِسْمَةِ.

وقالَ في كتابِ «نُكَتِ الوَصَايَا»: «ولوْ كانَ الوَارِثُ كبيرًا ـ وهو غائبٌ ـ فأعْطَىٰ الوَصِيُّ صاحبَ الوَصِيَّةِ الثلثَ، وأمسكَ الثلثينِ، فهلَكَ في يدِهِ؛ سَلِمَ للمُوصَىٰ لهُ ما أخذَ؛ لأنَّ الوَارِثَ الكبيرَ إذا كانَ غائبًا جائزٌ للوَصِيِّ أنْ يتصَرَّفَ في

---

(١) وقع بالأصل: «كهلاك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) وقع بالأصل: «لا يؤدي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) وقع بالأصل: «المُوصَىٰ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٤) وقع بالأصل: «المُوصَىٰ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

عَنْ الْوَارِثِ إذَا كَانَ غَائِبًا فَصَحَتْ قِسْمَتُهُ عَلَيْهِ، حتى لَوْ حَضَرَ وَقَدْ هَلَكَ مَا فِي يَدِ الْوَصِيِّ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُشَارِكَ الْمُوصَى لَهُ.

[أما الموصى له][(١)] ليس بِخَلِيفَةٍ عَنْ الْمَيِّتِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِسَبَبٍ جَدِيدٍ، وَلِهَذَا لَا يُرَدُّ بِالْعَيْبِ وَلَا يُرَدُّ عَلَيْهِ، وَلَا يَصِيرُ مَغْرُورًا بِشِرَاءِ الْمُوصِي فَلَا يَكُونُ الْوَصِيُّ خَلِيفَةً عَنْهُ عِنْدَ غَيْبَتِهِ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ مَا أَفْرَزَ لَهُ عِنْدَ الْوَصِيِّ كَانَ لَهُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ لَمْ تَنْفُذْ عَلَيْهِ، غَيْرَ أَنَّ الْوَصِيَّ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ، وَلَهُ وِلَايَةُ الْحِفْظِ فِي التَّرِكَةِ فَصَارَ كَمَا إذَا هَلَكَ بَعْضُ التَّرِكَةِ قَبْلَ

غاية البيان

العُرُوضِ، فلَمَّا جازَ تصرُّفُهُ جازَتْ قِسْمتُهُ.

والمعْنَى في ذلكَ: أنَّ الوَارِثَ يقومُ مقامَ المَوْرُوثِ، أَلَا ترَىٰ أنَّ المُوَرِّثَ إذا باعَ شيئًا في حياتِهِ فوجدَ المُشْتَرِي بِهِ عيبًا؛ كانَ لهُ أنْ يُخاصمَ الوَارِثَ، ولمْ يكنْ لهُ أنْ يخاصمَ المُوصَىٰ لهُ، فثَبَتَ أنَّ الوَارِثَ يقومُ مقامَ المُوَرِّثِ، والمُوصَىٰ لهُ لا يقومُ مقامَ المُوصِي.

ثُمَّ وجدْنَا أنَّ الوَصِيَّ وكيلُ الميتِ، فيجوزُ قِسْمتُهُ على مَنْ قامَ مقامَهُ وهو الوَارِثُ، ولا يجوزُ على المُوصَىٰ لهُ، فإذا كانَ هكذَا فإذا دفعَ الثلثَ إلى المُوصَىٰ لهُ، وأمسكَ الثلثَيْنِ للوارثِ الكبيرِ الغائبِ فقدْ صحَّتْ قِسْمتُهُ، وصارَ هلاكُهُ في يدِهِ كهلاكِهِ في يدِ الوَارِثِ [٣/٥٥٩ظ]، وأمَّا إذا كانَ المُوصَىٰ لهُ غائبًا؛ لا تجوزُ قِسْمتُهُ [عليْهِ][(٢)]؛ لأنَّهُ ليسَ بوكيلِهِ.

قَوْلُهُ: (فَصَحَتْ قِسْمَتُهُ عَلَيْهِ)، أيْ: على الوَارِثِ إذا كانَ غائبًا.

قَوْلُهُ: (لَوْ حَضَرَ)، أيِ: الوَارِثُ.

---

(١) ليس في الأصل.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

الْقِسْمَةِ فَيَكُونُ لَهُ ثُلُثُ الْبَاقِي لِأَنَّ الْمُوصَىٰ لَهُ شَرِيكُ الْوَارِثِ [٢٩٧/ط] فَيَتْوَىٰ مَا نَوِيَ مِنَ الْمَالِ الْمُشْتَرَكِ عَلَى الشَّرِكَةِ وَيَبْقَىٰ مَا بَقِيَ عَلَى الشَّرِكَةِ.

فَإِنْ قَاسَمَ الْوَرَثَةَ وَأَخَذَ نَصِيبَ الْمُوصَىٰ لَهُ فَضَاعَ رَجَعَ[1] الْمُوصَىٰ لَهُ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: وَإِنْ كَانَ أَوْصَى الْمَيِّتُ بِحَجَّةٍ، فَقَاسَمَ الْوَرَثَةَ، فَهَلَكَ مَا فِي يَدِهِ؛ حُجَّ عَنِ الْمَيِّتِ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ، وَكَذَلِكَ إِنْ دَفَعَهُ إِلَىٰ رَجُلٍ لِيَحُجَّ عَنْهُ، فَضَاعَ مِنْ يَدِهِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ كَانَ مُسْتَغْرِقًا لِلثُّلُثِ؛ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ، وَإِلَّا يَرْجِعُ بِتَمَامِ الثُّلُثِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ.

غاية البيان

قَوْلُهُ: (لِمَا بَيَّنَّا). إشارةٌ إلىٰ قولِهِ: (لِأَنَّ الْقِسْمَةَ لَمْ تَنْفُذْ عَلَيْهِ)، أيْ: لمْ تَنفُذْ قسمةُ الوَصِيِّ على المُوصَىٰ لهُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِنْ كَانَ أَوْصَى الْمَيِّتُ بِحَجَّةٍ، فَقَاسَمَ الْوَرَثَةَ، فَهَلَكَ مَا فِي يَدِهِ؛ حُجَّ عَنِ الْمَيِّتِ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ، وَكَذَلِكَ إِنْ دَفَعَهُ إِلَىٰ رَجُلٍ لِيَحُجَّ عَنْهُ، فَضَاعَ مِنْ يَدِهِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: إِنْ كَانَ مُسْتَغْرِقًا لِلثُّلُثِ؛ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ، وَإِلَّا يَرْجِعُ بِتَمَامِ الثُّلُثِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ)، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[2]، والمسألةُ مرَّتْ في كتابِ الحَجِّ في بابِ الحَجِّ عنِ الغيرِ، ولكنْ لا نُخَلِّي هذا الموضعَ عنِ البيانِ.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ في كتابِ «نُكَتِ الوَصَايَا»: «وإذا أحَجُّوا [٨/٣٣٣ظ/م] رَجُلًا، فسُرِقَتْ نفقتُهُ في الطريقِ؛ فإنَّ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: يُؤْخَذُ ثُلُثُ[3] ما

---

(١) في الأصل: «برجل».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٢٩].

(٣) وقع بالأصل: «بثلث». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

لِأَنَّ الْقِسْمَةَ حَقُّ الْمُوصِي، وَلَوْ أَفْرَزَ الْمُوصِي بِنَفْسِهِ مَالًا لِيَحُجَّ عَنْهُ فَهَلَكَ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ وَبَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ، فَكَذَا إذَا أَفْرَزَهُ وَصِيُّهُ الَّذِي قَامَ مَقَامَهُ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ مَحَلَّ الْوَصِيَّةِ الثُّلُثُ فَيَجِبُ تَنْفِيذُهَا مَا بَقِيَ مَحَلُّهَا، وَإِذَا لَمْ يَبْقَ بَطَلَتْ لِفَوَاتِ مَحَلِّهَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْقِسْمَةَ لَا تُرَادُ لِذَاتِهَا بَلْ لِمَقْصُودِهَا وَهُوَ تَأْدِيَةُ

غاية البيان

بَقِيَ مِنْ مالِهِ ويُحَجُّ، وفي قولِ أبي يوسفَ رحمه الله: إنْ بَقِيَ مِنْ ثُلُثِ مالِهِ يُحَجُّ، وإلَّا فلَا، وفي قولِ محمَّدٍ رحمه الله: سواءٌ بَقِيَ مِنَ الثلثِ أمْ لَمْ يَبْقَ لا يُعْطَىٰ مرَّةً أُخرَىٰ.

وتفسيرُ ذلكَ: أنَّ رَجُلًا ماتَ وترَكَ أربعةَ آلافٍ، فأعطُوا ألفَ درهمٍ، فسُرِقَتْ في الطريقِ؛ ففي قولِ أبي حَنيفَةَ رحمه الله: يُجْعَلُ كأنَّ الألفَ لمْ تكنْ، ويُعْطَىٰ ألفًا أُخْرَىٰ.

وفي قولِ أبي يوسفَ: لَمْ يَبْقَ مِنْ ثُلثِ مالِهِ إلَّا ثلاثَ مئةٍ وثلاثًا وثلاثينَ وثلثًا، فيُعْطَىٰ ذلكَ المقدارَ، وفي قولِ محمَّدٍ رحمه الله: لا يُعْطَىٰ شيئًا.

أمَّا مذهبُ أبي حَنيفَةَ رحمه الله: فهو أنَّ اللهَ تعالَىٰ جعلَ الميراثَ بعدَ إنفاذِ الدَّيْنِ والوَصِيَّةِ، وهو قولُهُ ﷻ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١١]. فلا بُدَّ مِنْ إنفاذِ الوَصِيَّةِ، ألَا ترَىٰ أنَّهُ لوْ كانَ عليهِ دَيْنٌ فبعثُوا إلىٰ الغريمِ، فسُرِقَ في الطريقِ؛ جُعِلَ كأنَّ الَّذِي سُرِقَ لمْ يَكُنْ، ويُبْعَثُ مرَّةً أُخرىٰ، كذلكَ هاهنا الَّذِي سُرِقَ كأنَّهُ لمْ يَكُنْ، ومالُ الميتِ ما بَقِيَ، فوَجَبَ أنْ تَنفُذَ الوَصِيَّةُ ممَّا بَقِيَ.

وأمَّا مذهبُ أبي يوسفَ رحمه الله: أنَّهُ لا يجوزُ أنْ تَنفُذَ الوَصِيَّةُ بأكثرَ مِنَ الثلثِ، ولو جُعِلَ كما قالَ أبو حَنيفَةَ رحمه الله أدَّىٰ ذلكَ إلىٰ أنْ يَبْطُلَ المالُ كلُّهُ في الوَصِيَّةِ؛ لأنَّهُ لوْ سُرِقَ مرَّةً أُخرَىٰ، فيؤخَذُ ثلثُ ما بَقِيَ، ثُمَّ سُرِقَ مرَّةً أُخْرَىٰ، فيُؤَدِّي ذلك إلىٰ أنْ يذهبَ مالُ الميتِ كلُّهُ في الوَصِيَّةِ، ولا تجوزُ الوَصِيَّةُ بأكثرَ مِنَ الثلثِ.

والجوابُ لأبي حَنيفَةَ رحمه الله: ما ذَكَرْنا أنَّ الَّذِي هلكَ هلكَ قبْلَ إنفاذِ الوَصِيَّةِ، فصارَ كأنَّهُ لمْ يكنْ، ولا ضررَ علىٰ الوَارِثِ؛ لأنَّهُ يَسْلَمُ لهمْ مِثْلُ ما يَسْلَمُ للوَصِيَّةِ.

الحَجِّ فَلَمْ تُعْتَبَرْ دُونَهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَيَحُجُّ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ، وَلِأَنَّ تَمَامَهَا بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الْجِهَةِ الْمُسَمَّاةِ، إِذْ لَا قَابِضَ لَهَا، فَإِذَا لَمْ يُصْرَفْ إِلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ لَمْ يَتِمَّ فَصَارَ كَهَلَاكِهِ قَبْلَهَا.

غاية البيان

وأمَّا مذهبُ محمَّدٍ رحمه الله: فهو أنَّ دَفْعَ الوَصِيِّ بمنزلةِ دَفْعِ الميتِ، ولوْ كانَ الميتُ هو الَّذِي دَفَعَ قبلَ موْتِهِ إلى رَجُلٍ مالًا ليَحُجَّ بِهِ عنهُ، فسُرِقَ المالُ؛ لا يُؤْخَذُ مِنْ تركتِهِ مرَّةً أُخْرَى، كذلكَ هذا».

وقالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في «شرحِ الكافي»: «وعلَى هذا الخلافِ لوْ قالَ: أعْتِقُوا عنِّي نسمةً بمئةِ درهمٍ، فاشتروْهَا [٥٦٠/٣و]، فماتتْ قبلَ أنْ تُعْتَقَ؛ كانَ عليهِمْ أنْ يُعْتِقُوا مِنْ ثلثِ ما بَقِيَ في أيديهِمْ في قولِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله، وفي قولِ أبي يوسفَ رحمه الله: ممَّا بَقِيَ مِنْ ثُلثِ مالِهِ في أيديهِمْ، وفي قولِ محمَّدٍ رحمه الله: بطلَتِ الوَصِيَّةُ»[1].

قَوْلُهُ: (فَقَاسَمَ الْوَرَثَةَ)، أيْ: قاسَمَ الوَصِيُّ (مَا فِي يَدِهِ)، أي: في يدِ الوَصِيِّ، وهو الثلثُ[2] المُفرزُ (إِنْ دَفَعَهُ)، أيْ: دفَعَ الوَصِيُّ الثلثَ (عَنْهُ)، أيْ: عنِ الميتِ مِنْ (يَدِهِ)، أيْ: مِنْ يدِ الرَّجُلِ الَّذِي دُفِعَ إليْهِ الثلثُ ليَحُجَّ عنِ الميتِ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ كَانَ مُسْتَغْرِقًا [٣٣٤/٨و/م] لِلثُّلُثِ)، أيْ: إنْ كانَ الهالكُ (وَإِلَّا)، أيْ: وإنْ لمْ يكنِ الهالكُ مُسْتَغْرِقًا للثلثِ.

قَوْلُهُ: (فَلَمْ تُعْتَبَرْ دُونَهُ)، أيْ: لمْ تُعْتَبَرِ القِسْمَةُ بلا أداءِ الحَجِّ، وتذكيرُ الضميرِ الراجعُ إلى التأديةِ على تأويلِ الأداءِ.

قَوْلُهُ: (قَبْلَهَا)، أيْ: قبْلَ القِسْمَةِ.

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسَّرْخَسِيِّ [١٧٤/٢٧].

(٢) وقع بالأصل: «ثلث». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ أَلْفِ دِرْهَمٍ. فَدَفَعَهَا الْوَرَثَةُ إِلَى الْقَاضِي. فَقَسَمَهَا وَالْمُوصَى لَهُ غَائِبٌ؛ فَقِسْمَتُهُ جَائِزَةٌ؛ ....

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ أَلْفِ دِرْهَمٍ. فَدَفَعَهَا الْوَرَثَةُ إِلَى الْقَاضِي. فَقَسَمَهَا وَالْمُوصَى لَهُ غَائِبٌ؛ فَقِسْمَتُهُ جَائِزَةٌ)، أيْ قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[(١)].

وإنَّما جازَتْ قسمةُ القاضِي؛ لأنَّهُ نُصِّبَ ناظرًا لأمورِ المسلمينَ خصوصًا في حقِّ الأمواتِ والغُيَّبِ؛ لعَجْزِهِمْ عنِ التصَرُّفِ بأنفسِهِمْ، ومِنَ النظرِ أنْ يُفْرِزَ نصيبَ الغائبِ.

وفائدةُ الجوازِ: أنَّهُ لوْ حضَرَ الغائبُ وقدْ هلَكَ نصيبُهُ في يدِ القاضِي ليسَ لهُ أنْ يَرْجِعَ على الوَرَثَةِ بشيءٍ.

والفرقُ بينَ القاضي حيثُ جازَتْ مُقاسمتُهُ على المُوصَى لهُ وبينَ الوَصِيِّ[(٢)] حيثُ لا تجوزُ مُقاسمتُهُ على المُوصَى لهُ؛ أنَّ للقاضي وِلَايَةً على الغائبِ فيما ينفعُهُ؛ ولهذا يَمْلِكُ بَيْعَ ما يُخْشَى عليهِ التلَفَ، فكانَتْ قِسْمتُهُ كقسمةِ المُوصَى له[(٣)]، والوَصِيُّ لا يَمْلِكُ بَيْعَ شيءٍ مِنْ مالِ المُوصَى لهُ، فلمْ يكنْ لهُ وِلَايَةٌ عليهِ أصلًا، فلمْ تَنْفُذْ قِسْمتُهُ.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﵀ في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «وذُكِرَ في «السِّيَرِ الكبيرِ»[(٤)]: أنَّ القاضيَ لوْ ميَّزَ الثلثَ مِنَ الثلثَيْنِ، ولمْ يدفعْ إلى أحدٍ [مِنَ][(٥)] الفريقَيْنِ شيئًا حتَّى هلَكَ أحدُ النصيبَيْنِ هلَكَ مِنَ الجملةِ، وإنَّما يَصِحُّ قِسْمةُ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٢٣].

(٢) وقع بالأصل: «المُوصِي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) وقع بالأصل: «المُوصَى به». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٤) ينظر: «السِّيَر الكَبير/مع شرح السرخسي» لمحمد بن الحسن [١٥٤/٣].

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ صَحِيحَةٌ ؛ وَلِهَذَا لَوْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ تَصِيرُ الْوَصِيَّةُ مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ وَالْقَاضِي نَصَّبَ نَاظِرًا لَا سِيَّمَا فِي حَقِّ الْمَوْتَى وَالْغُيَّبِ ، وَمِنَ النَّظَرِ إِقْرَارُ نَصِيبِ الْغَائِبِ وَقَبْضِهِ فَنَفَذَ[1] ذَلِكَ وَصَحَّ ، حَتَّى لَوْ حَضَرَ الْغَائِبُ وَقَدْ هَلَكَ الْمَقْبُوضُ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَى الْوَرَثَةِ سَبِيلٌ .

قَالَ: وَإِذَا بَاعَ الْوَصِيُّ عَبْدًا مِنَ التَّرِكَةِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الْغُرَمَاءِ ، فَهُوَ جَائِزٌ ؛

غاية البيان

القاضي إذا دفعَ إلى أحدِ الفريقَيْنِ نصيبَهُ ، فأمَّا إذا لمْ يدفعْ إلى أحدِ الفريقَيْنِ نصيبَهُ لمْ تتكامَلِ القِسْمَةُ ؛ لأنَّ القِسْمَةَ ينبغِي أنْ تكونَ بينَهُ وبينَ الآخرِ ، ولا يَصْلُحُ أنْ يكونَ هو بنفسِهِ مُقاسِمًا ومُقاسَمًا» .

قَوْلُهُ: (لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ صَحِيحَةٌ ؛ وَلِهَذَا لَوْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ تَصِيرُ الْوَصِيَّةُ مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ) .

قالَ العَتَّابِيُّ رحمه الله في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «والوَصِيَّةُ للغائبِ صحيحةٌ ؛ لأنَّ قبولَهُ ليسَ بشَرْطٍ» .

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا بَاعَ الْوَصِيُّ عَبْدًا مِنَ التَّرِكَةِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الْغُرَمَاءِ ، فَهُوَ جَائِزٌ) ، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ» .

وصورتُهُ فيهِ: «محمَّدٌ ، عنْ يعقوبَ ، عنْ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: في الرَّجُلِ يموتُ ويتْرُكُ عبدًا ، وعليهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بمالِهِ ، فيَبِيعُ الوَصِيُّ العبدَ بغيرِ محضرٍ مِنَ الغُرَمَاءِ ، قالَ: بَيْعُهُ جائزٌ»[2] .

وأرادَ بذلكَ: الدَّيْنَ على الميتِ لا على العبدِ ، وإنَّما جازَ بَيْعُ الوَصِيِّ ؛ لأنَّهُ قائمٌ مقامَ الميتِ ، فلوْ أنَّ الميتَ باعَهُ قبلَ موتِهِ وعليهِ دَيْنٌ في حالِ مرضِهِ ؛ جازَ

(١) في الأصل: «فعند» .

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٣٠] .

لِأَنَّ الْوَصِيَّ قَائِمٌ مُقَامَ الْمُوصِي، وَلَوْ تَوَلَّى حَيًّا بِنَفْسِهِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنْ الْغُرَمَاءِ وَإِنْ كَانَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ فَكَذَا إذَا تَوَلَّاهُ مَنْ قَامَ مَقَامَهُ، وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّ الْغُرَمَاءِ مُتَعَلِّقٌ بِالْمَالِيَّةِ لَا بِالصُّورَةِ وَالْبَيْعُ لَا يُبْطِلُ الْمَالِيَّةَ لِفَوَاتِهَا إلَى خَلَفٍ وَهُوَ الثَّمَنُ. بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمَدْيُونِ لِأَنَّ لِلْغُرَمَاءِ حَقَّ الِاسْتِسْعَاءِ أما هنا بخلافه.

وَمَنْ أَوْصَى بِأَنْ يُبَاعَ عَبْدُهُ وَيُتَصَدَّقَ بِثَمَنِهِ عَلَى الْمَسَاكِينِ، فَبَاعَهُ الْوَصِيُّ وَقَبَضَ الثَّمَنَ، فَضَاعَ فِي يَدِهِ واسْتُحِقَّ؛ ضَمِنَ الْوَصِيُّ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْعَاقِدُ فَتَكُونُ

غاية البيان

بَيْعُهُ، فكذلكَ بَيْعُ الوَصِيِّ، كالعبدِ المأذونِ لهُ يَمْلِكُ [٣٣٤/٨ظ/م] بَيْعَ ما في يدِهِ بغيرِ رضَا الغُرَمَاءِ [٥٦٠/٣ظ]. كذا ذكَرَ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ ﷺ في «**شرحِ مُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ**»[١].

وهذا بخلافِ العبدِ المأذونِ المديونِ؛ حيثُ لا يَبِيعُهُ مولاهُ أوْ وصيُّهُ بغيرِ مَحْضَرٍ مِنَ الغُرَمَاءِ؛ لأنَّ لهمْ حقَّ الِاسْتِسْعَاءِ حتَّى يأخذُوا كَسْبَهُ، فيكونُ البيعُ مُبْطِلًا لحقِّهِمْ، فلهُمْ أنْ يُبْطِلُوا البيعَ[٢]، وهُنَا حقُّ الغُرَمَاءِ في الثمنِ لا غيرُ، فيكونُ البيعُ مُحَقِّقًا لحقِّهِمْ، لا مُبْطِلًا، فكانَ بَيْعُ الوَصِيِّ بمَحْضَرٍ مِنَ الغُرَمَاءِ وغيرِ مَحْضَرٍ منهُمْ سواءً.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِأَنْ يُبَاعَ عَبْدُهُ وَيُتَصَدَّقَ بِثَمَنِهِ عَلَى الْمَسَاكِينِ، فَبَاعَهُ الْوَصِيُّ وَقَبَضَ الثَّمَنَ، فَضَاعَ فِي يَدِهِ واسْتُحِقَّ؛ ضَمِنَ الْوَصِيُّ)، أيْ: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**».

وتمامُهُ فيه: «ويَرْجِعُ فيمَا تركَهُ الميتُ»[٣]، أيِ: الوَصِيُّ يَضْمَنُ الثمنَ لِلْمُشْتَرِي، ويَرْجِعُ بذلكَ في جميعِ التركةِ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [١٩٢/٤].

(٢) وقع بالأصل: «المَبِيع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٣٠].

الْعُهْدَةُ عَلَيْهِ، وَهَذِهِ عُهْدَةٌ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ مِنْهُ مَا رَضِيَ بِبَذْلِ الثَّمَنِ إِلَّا لِيُسَلَّمَ لَهُ الْمَبِيعَ وَلَمْ يُسَلَّمْ فَقَدْ أَخَذَ الْوَصِيُّ الْبَائِعُ مَالَ الْغَيْرِ بِغَيْرِ رِضَاهُ فَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّهُ.

(وَيَرْجِعُ فِيمَا تَرَكَ الْمَيِّتُ) لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ فَيَرْجِعُ [٢٩٨/و] عَلَيْهِ كَالْوَكِيلِ، وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يَرْجِعُ لِأَنَّهُ ضَمِنَ بِقَبْضِهِ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى مَا ذَكَرْنَا وَيَرْجِعُ فِي جَمِيعِ التَّرِكَةِ.

غاية البيان

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ: «وكانَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ يقولُ: لا يَرْجِعُ في مالِ الميتِ بشيءٍ، ورَوَىٰ محمَّدُ بنُ سَمَاعَةَ، عنْ محمَّدٍ ﷺ أنَّهُ قالَ: يَرْجِعُ في ثلثِ مالِ الميتِ، وإنَّما ضَمِنَ الوَصِيُّ الثمنَ؛ لأنَّهُ لَمَّا استُحِقَّ العبدُ تبيَّنَ أنَّهُ قبضَهُ بغيرِ حقٍّ، فيلْزَمُهُ الردُّ؛ لأنَّ العُهدةَ على العاقدِ؛ لأنَّ المُشْتَرِيَ إنَّما بذَلَ لهُ الثمنَ ليُسَلِّمَ لهُ المَبِيعَ، ولمْ يُسَلِّمْ، فوَجَبَ رَدُّهُ».

وَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ [الأوَّلُ][1]: أنَّ قبْضَ الثمنِ مِنْ حقوقِ العقدِ، فصارَ الوَصِيُّ في حقِّ القبضِ كالمالكِ، وإذا كانَ بمنزلةِ المالكِ ـ وقدْ لَحِقَهُ الضَّمانُ بعملٍ ـ عَمِلَ لنفسِهِ، فلا يَرْجِعُ بشيءٍ، ألَا تَرَىٰ إلىٰ ما قالُوا في «الجامعِ الكبيرِ»[2]: إنَّ رَجُلًا لوْ وَكَّلَ وكيلًا بأنْ يَشْتَرِيَ لهُ عبدًا، فاشتَرَىٰ الوَكِيلُ العبدَ وقبَضَهُ، فهلَكَ العبدُ في يَدَيِ الوَكِيلِ، ثُمَّ استُحِقَّ العبدُ وضَمِنَ الوَكِيلُ قيمتَهُ؛ لا يَرجِعُ على المُوَكِّلِ بشيءٍ؛ لأنَّ الوَكِيلَ في حقِّ القبضِ كالمالِكِ؛ بدليلِ أنَّ المُوَكِّلَ لوْ منَعَهُ عنِ القبضِ؛ لَمْ يَجُزْ، وإذا لَحِقَهُ الضَّمانُ بعملٍ عَمِلَ لنفسِهِ، لا يَرْجِعُ بشيءٍ، فكذلكَ هذا.

وَوَجْه ما رُوِيَ عنْ محمَّدٍ ﷺ: أنَّهُ يَرْجِعُ في الثلثِ؛ لأنَّ بَيْعَ الوَصِيِّ كانَ لتنفيذِ الوَصِيَّةِ، وكانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الوَصِيَّةِ، والوَصِيَّةُ نفاذُها مِنَ الثلثِ.

(1) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«ع»، و«ر».
(2) يعني: في «شروح الجامع الكبير».

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَرْجِعُ فِي الثُّلُثِ لِأَنَّ الرُّجُوعَ بِحُكْمِ [الْوَصِيَّةِ فَأَخَذَ حُكْمَهَا، وَمَحَلُّ الْوَصِيَّةِ الثُّلُثُ. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِحُكْمِ][(١)] الْغُرُورِ وَذَلِكَ دَيْنٌ عَلَيْهِ وَالدَّيْنُ يُقْضَىٰ مِنْ جَمِيعِ التَّرِكَةِ، بِخِلَافِ الْقَاضِي أَوْ أَمِينِهِ إِذَا تَوَلَّىٰ الْبَيْعَ حَيْثُ لَا عُهْدَةَ عَلَيْهِ، لِأَنَّ فِي إِلْزَامِهَا الْقَاضِيَ تَعْطِيلُ الْقَضَاءِ، إِذْ يَتَحَامَىٰ عَنْ تَقَلُّدِ هَذِهِ الْأَمَانَةِ حَذَرًا عَنْ لُزُومِ الْغَرَامَةِ فَتَتَعَطَّلُ مَصْلَحَةُ الْعَامَّةِ وَأَمِينُهُ سَفِيرٌ عَنْهُ كَالرَّسُولِ، وَلَا كَذَلِكَ الْوَصِيُّ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ، فَإِنْ كَانَتْ التَّرِكَةُ قَدْ هَلَكَتْ أَوْ لَمْ يَكُنْ بِهَا وَفَاءٌ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ كَمَا إِذَا كَانَ عَلَىٰ الْمَيِّتِ دَيْنٌ آخَرُ.

وَوَجْهُ ظاهرِ الروايةِ: أنَّ الوَصِيَّ عَمِلَ للميتِ، وهو قائمٌ مقامَهُ، فإذا لَحِقَهُ الضَّمَانُ بعملٍ عَمِلَ للميتِ وهو قائمٌ مقامَهُ؛ استوجبَ ما غَرِمَهُ دَيْنًا على الميتِ، ومحلُّ الدَّيْنِ كُلُّ المالِ.

قالُوا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ»: فإنْ كانتِ التركةُ قدْ هلكَتْ، أوْ لمْ يكنْ بها وفاءٌ؛ لمْ يَرْجِعْ على أحدٍ، كما لوْ كانَ على الميتِ دَيْنٌ آخَرُ؛ لأنَّ البيعَ لمْ يقعْ إلَّا للميتِ، لا للمسكينِ، ولا للوَرَثَةِ، والمسألةُ مِنَ الخواصِّ.

وهذا بخلافِ مسألةِ القاضِي أوْ أمِينِهِ إذا تولَّىٰ البيعَ، فاسْتُحِقَّ [٨/٣٣٥و/م] العبدُ أوْ ماتَ، وقدْ ضاعَ الثمنُ في يدِهِ؛ حيثُ لا يَرْجِعُ المُشْتَرِي على القاضِي أوْ أمِينِهِ؛ لأنَّهُ لا عُهدةَ عليهِمَا؛ لأنَّهُ لوْ وَجَبَ الضَّمَانُ على القاضِي أوْ أمِينِهِ؛ لتقاعَدَ الناسُ عنْ عُهدةِ هذا الأمانِ؛ خوفًا مِنَ الضَّمَانِ، فضاعَ حقوقُ المسلمينَ، وقدْ مَرَّ البيانُ مُسْتَوْفًى في كتابِ أدبِ القاضِي في آخرِ فصْلِ القضاءِ بِالمَوَارِيثِ.

قَوْلُهُ: (يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الْغُرُورِ)، أيْ: يَرْجِعُ المُوصِي على الميتِ؛ لأنَّهُ

(١) ليس في الأصل.

وَإِنْ قَسَمَ الْوَصِيُّ الْمِيرَاثَ فَأَصَابَ صَغِيرًا مِنَ الْوَرَثَةِ عَبْدٌ، فَبَاعَهُ وقبض الثمنَ، فَهَلَكَ وَاسْتُحِقَّ الْعَبْدُ؛ رَجَعَ فِي مَالِ الصَّغِيرِ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ، وَيَرْجِعُ الصَّغِيرُ عَلَى الْوَرَثَةِ بِحِصَّتِهِ لِانْتِقَاضِ الْقِسْمَةِ بِاسْتِحْقَاقِ مَا أَصَابَهُ.

وَإِذَا احْتَالَ الْوَصِيُّ بِمَالِ الْيَتِيمِ؛ فَإِنْ كَانَ خَيْرًا لِلْيَتِيمِ جَازَ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ

۞ غاية البيان ۞

غرَّ الوَصِيَّ؛ حيثُ قالَ لهُ: بِعْ عبدِي بعدِي وتصدَّقْ بثمنِهِ على المساكينِ، فلَمَّا غرَّهُ [٦٦٠/٢و] رَجَعَ عليْهِ في تركتِهِ؛ لأنَّهُ استوجبَ دَيْنًا عليْهِ، ومحلُّ الدَّيْنِ كُلُّ المالِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِنْ قَسَمَ الْوَصِيُّ الْمِيرَاثَ فَأَصَابَ صَغِيرًا[1] مِنَ الْوَرَثَةِ عَبْدٌ[2]، فَبَاعَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ، فَهَلَكَ وَاسْتُحِقَّ الْعَبْدُ؛ رَجَعَ فِي مَالِ الصَّغِيرِ)، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[3].

اعلمْ: أنَّ الوَصِيَّ إذا باعَ عبدَ الصَّبِيِّ لأجْلِ الصَّبِيِّ، فقبَضَ الثمنَ، فهَلَكَ الثمنُ في يدِهِ، ثُمَّ استُحِقَّ العبدُ؛ رَجَعَ المُشْتَرِي بالثمنِ على الوَصِيِّ؛ لأنَّ العُهدةَ على البائعِ، ثُمَّ يَرْجِعُ الوَصِيُّ بذلكَ في مالِ الصغيرِ؛ لأنَّهُ باعهُ لأجْلِهِ، ثُمَّ يَرْجِعُ الصغيرُ على سائرِ الوَرَثَةِ بحِصَّتهِ لبُطْلانِ القِسْمَةِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا احْتَالَ الْوَصِيُّ بِمَالِ الْيَتِيمِ؛ فَإِنْ كَانَ خَيْرًا لِلْيَتِيمِ جَازَ)، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[4].

اعلمْ: أنَّ الوَصِيَّ إذا احتالَ ـ أيْ: قَبِلَ الحَوَالَةَ بمالِ اليتيمِ ـ يُنْظَرُ: فإنْ كانَ المحتالُ عليْهِ أمْلأَ ـ أيْ: أقدرَ على أداءِ الدَّيْنِ ـ مِنَ المُحِيلِ، وهو المدْيونُ جازَ، وإنْ كانَ المُحِيلُ أمْلأَ مِنَ المحتالِ عليْهِ لَمْ يَجُزْ.

---

(1) وقع بالأصل: «صغير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(2) وقع بالأصل: «عبدا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(3) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٥٣٠].

(4) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٣٠].

أَمْلَأَ، لأن الْوِلَايَةُ نَظَرِيَّةٌ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ أَمْلَأَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ فِيهِ تَضْيِيعَ مَالِ الْيَتِيمِ عَلَىٰ بَعْضِ الْوُجُوهِ.

غاية البيان

والأصلُ فيهِ: قولُهُ تعالَى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وقولُهُ تعالَى: ﴿قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾ [البقرة: ٢٢٠]. فإذا رأَىٰ الوَصِيُّ ذلكَ خيرًا لليتيمِ؛ فهو مِنَ الأحسنِ المأمورِ بِهِ، فجازَ، وقالَ ﷺ: «مَنْ أُحِيلَ عَلَى مَلِيءٍ؛ فَلْيَحْتَلْ»[(١)]. كذا ذكَرَ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ[(٢)].

وهذا لأنَّ عمومَهُ ينتَظِمُ مالَ اليتيمِ وغيرَهُ؛ لأنَّهُ خِطَابٌ لمَنْ لهُ حقُّ المُطالبةِ بنفسِهِ، ولأنَّ الثانيَ إذا كانَ أَمْلَأَ مِنَ الأولِ فإنَّ في ذلكَ إصلاحًا لليتيمِ؛ لأنَّ الاِسْتِيفَاءَ منهُ أيْسَرُ، وإذا لمْ يكنِ الثاني أَمْلَأَ مِنَ الأولِ لا يكونُ فيه إصلاحٌ؛ لأنَّ فيه إبراءَ الأوَّلِ بغيرِ منفعةٍ.

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «اعلمْ أنَّ الوَصِيَّ لهُ أنْ يأخُذَ الكَفِيلَ بِدَيْنِ الميتِ؛ لأنَّ الكَفَالَةَ لا تُوجِبُ براءةَ الأصيلِ، فيكونُ فيهَا زيادةُ تَوْثِقَةٍ فيجوزُ، وكذلكَ لوْ أخذَ رهنًا بذلكَ لا يجوزُ؛ لأنَّ في الارتهانِ اسْتِيفَاءً، وفي الارتهانِ [٨/٣٣٥ظ/م] إيفاءً، فيجوزُ أنْ يَرْهَنَ مالَ الميتِ بِدَيْنٍ علىٰ الميتِ، وأنْ يَرْتَهِنَ، ولوِ احتالَ بمالِهِ أوْ أخذَ كفيلًا بشَرْطِ براءةِ الأصيلِ فإنَّهُ يُنْظَرُ: إنْ كانَ خيرًا لليتيمِ جازَ، وإنْ كانَ شرًّا لهُ لَمْ يَجُزْ.

وأمَّا الوجهُ الَّذِي هو خيرٌ: فهو كما إذا كانَ المُحتالُ عليْهِ أَمْلَأَ مِنَ المُحِيلِ؛ فإنَّهُ يجوزُ، حتَّىٰ إنَّ الصَّبِيَّ لوْ أدركَ قبْلَ أخْذِ الدَّيْنِ؛ فليسَ لهُ أنْ يَفْسَخَ الحَوَالَةَ.

وأمَّا إذا لمْ يكنِ المُحتالُ عليْهِ أَمْلَأَ مِنَ المُحِيلِ؛ فإنَّهُ لا يجوزُ، هذا إذا ثَبَتَ

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٤/١٩٣].

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَصِيِّ وَلَا شِرَاؤُهُ إِلَّا بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَظَرَ فِي الْغَبْنِ الْفَاحِشِ ، بِخِلَافِ الْيَسِيرِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ ، فَفِي اعْتِبَارِهِ انْسِدَادِ بَابِهِ .

غاية البيان

الدَّيْنُ بمُدَايَنةِ الميتِ ، وأمَّا إذا ثبتَ بمُدَاينةِ الوَصِيِّ فإنَّهُ يجوزُ ، سواءٌ كانَ خيرًا لليتيمِ أوْ شرًّا لهُ ، إلَّا أنَّهُ إذا كانَ خيرًا لليتيمِ فإنَّهُ يجوزُ بالاتفاقِ ، حتَّى إنَّ اليتيمَ لوْ أدرَكَ وأرادَ أنْ يَنقُضَ ذلكَ ؛ فليسَ لهُ ذلكَ ، وإنْ كانَ شرًّا لهُ جازَ ذلكَ ، ويَضمَنُ الوَصِيُّ لليتيمِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ، وعندَ أبي يوسفَ : لا يجوزُ إذا كانَ شرًّا .

وهذا كالاختلافِ الَّذِي ذَكَرْنا في البيوعِ : أنَّ الوَكِيلَ بالبيعِ إذا أبرَأَ المُشتَرِيَ ، أو احتالَ ، أوْ أخَّرَ ؛ فإنَّهُ يجوزُ [٣/٥٦١ظ] ، ويَضمَنُ عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ، كذلكَ هاهنا يَضمَنُ مِنْ عندِ نفسِهِ ، ثُمَّ هو يأخذُ مِنَ المُحتالِ عليهِ لنفسِهِ»[1] . كذا في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ» .

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَصِيِّ وَلَا شِرَاؤُهُ إِلَّا بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ) ، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[2] .

وذلكَ لأنَّ تصرُّفَ الوَصِيِّ مُقيَّدٌ بالنظرِ ، ولا نَظَرَ في إتلافِ المالِ ، فلا يَملِكُ الغَبْنَ الفاحشَ ؛ لأنَّهُ منصوبٌ لحِفْظِ المالِ لا لإتلافِهِ .

وكانَ القياسُ : ألَّا يَملِكَ الغَبْنَ اليسيرَ أيضًا ، إلَّا أنَّهُ عُفِيَ عنهُ ذلكَ القدرُ للعَجْزِ عنِ الاحترازِ عنهُ .

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ» : «مَنْ كانَ لهُ وِلَايَةُ البيعِ والشراءِ ، فباعَ بالمُحَابَاةِ ، أوِ اشتَرَى ؛ فهو على ثلاثِ مراتبَ عندَ أبي حَنِيفَةَ :

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسبيجابي [ق/٣١٥] .
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٣١] .

قال والصبيُّ المأذونُ، والعبدُ المأذونُ، والمكاتبُ، يجوزُ بيعُهُم وشراؤُهم بالغبنِ الفاحشِ عند أبي حنيفة لأنَّهم يتصرَّفونَ بحكمِ المالكيَّةِ، والإذنُ فكُّ

غاية البيان

في وَجْهٍ: لا يجوزُ البيعُ والشراءُ إلَّا بمُحاباةٍ يتغابَنُ الناسُ في مِثْلِهِ.

وفي وَجْهٍ: يجوزُ بما يتغابَنُ الناسُ في مِثْلِهِ، وبما لا يتغابَنُ الناسُ في مِثْلِهِ.

وفي وَجْهٍ: يجوزُ بما لا يتغابَنُ الناسُ، ولا يجوزُ بما لا يتغابَنُ الناسُ.

أمَّا الوجهُ الَّذي لا يجوزُ البيعُ والشراءُ: فالوَصِيُّ، والأبُ، والجدُّ، والقاضي إذا باعَ مالَ اليتيمِ أو اشترَى؛ ليسَ لأحدٍ مِنْ هؤلاءِ أنْ يبيعُوا مالَ اليتيمِ، ولا مالَ بيتِ المالِ، إلَّا بما يتغابَنُ الناسُ في مثلِهِ؛ لأنَّ الوالدَ ثبتَ لهُ الوِلَايَةُ مِنْ طريقِ الحُكْمِ، والحُكْمُ لا يُوجِبُ الإضرارَ بِالصَّبِيِّ، وكذلكَ القاضي ولايتُهُ مِنْ طريقِ الحُكْمِ، وكذلكَ الوَصِيُّ؛ لأنَّهُ استفادَ ولايتَهُ مِنْ جهةِ الأبِ [٨/٣٣٦م]، ولا يجوزُ لهُ إلَّا ما يجوزُ للأبِ.

أمَّا الوجهُ الَّذي يجوزُ البيعُ والشراءُ: فالعبدُ المأذونُ وَالمُكَاتَبُ يجوزُ لهُمَا البيعُ والشراءُ بمُحَابَاةٍ قليلةٍ وكثيرةٍ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهُمَا مأذونٌ في التجاراتِ كلِّهَا إذْنًا عامًّا؛ لأنَّ الإذنَ استُفِيدَ مِنْ جهةِ المولَى باللفظِ، واللفظُ أجْرَاهُ علَى العمومِ.

وفي وَجْهٍ: يجوزُ البيعُ، ولا يجوزُ الشراءُ، وهو الوَكِيلُ، وَالمُضَارِبُ، والشريكُ، لكلِّ واحدٍ مِنْ هؤلاءِ أنْ يَبِيعَ بمُحَابَاةٍ قليلةٍ وكثيرةٍ، والشراءُ لا يجوزُ إلَّا بمَا يتغابَنُ الناسُ في مِثْلِهِ، وبه نأخُذُ؛ لأنَّ الأمرَ انصرفَ إلى البيعِ المعروفِ عندَ الناسِ». وتمامُ البيانِ في المتصرِّفينَ بالغَبْنِ مَرَّ في كتابِ الوَكَالَةِ في فصْلِ البيعِ مِنْ شَرْحِنَا هذا.

قَوْلُهُ: (وَالصَّبِيُّ المَأْذُونُ، وَالعَبْدُ المَأْذُونُ، وَالمُكَاتَبُ، يَجُوزُ بَيْعُهُمْ وَشِرَاؤُهُمْ بِالغَبْنِ الفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ).

الحَجْرِ، بِخِلَافِ الْوَصِيِّ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِحُكْمِ النِّيَابَةِ الشَّرْعِيَّةِ نَظَرًا فَيَتَقَيَّدُ بِمَوْضِعِ النَّظَرِ.

وَعِنْدَهُمَا لَا يَمْلِكُونَهُ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ بِالْفَاحِشِ مِنْهُ تَبَرُّعٌ لَا ضَرُورَةَ فِيهِ وَهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِهِ.

وَإِذَا كُتِبَ كِتَابُ الشِّرَاءِ عَلَىٰ وَصِيٍّ كُتِبَ كِتَابُ الْوَصِيَّةِ عَلَىٰ حِدَةٍ، وَكِتَابُ الشِّرَاءِ عَلَىٰ حِدَةٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَحْوَطُ، وَلَوْ كَتَبَ جُمْلَةً عَسَىٰ أَنْ يَكْتُبَ الشَّاهِدُ شَهَادَتَهُ فِي آخِرِهِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ فَيَصِيرُ ذَلِكَ حَمْلًا لَهُ عَلَىٰ الْكَذِبِ.

غاية البيان

وذلكَ لأَنَّهُمْ يَتَصَرَّفونَ بحُكْمِ المالِكيَّةِ بأهْليتِهِمْ لأنفسِهِمْ لا بأمْرِ الوَليِّ والمولَى، والحَجْرُ كانَ مانِعًا، وبالإذْنِ ارتفَعَ الحَجْرُ؛ لأنَّهُ فَكُّ الحَجْرِ، فصاروا كالحُرِّ البالغ في تصرُّفِهِمْ، فملَكُوا الغَبْنَ الفاحشَ، بخلافِ الأبِ والوَصِيِّ والقاضِي؛ لأَنَّهُمْ يتَصَرَّفونَ للغيرِ، فيُحْتَرزُ فيهِ عنِ الضررِ.

وَوَجه قولهِمَا: أنَّ العقدَ الَّذِي فيه غبْنٌ فاحشٌ بمنزلةِ الهِبَةِ، فلا يَمْلِكُ ذلكَ مَنْ لا يَمْلِكُ الهِبَةَ.

قالَ فخرُ الإسلامِ: «وفصْلُ المُكَاتَبِ مِنَ الخَواصِّ[1]».

قَوْلُهُ: ([قالَ][2]: وَإِذَا كُتِبَ كِتَابُ الشِّرَاءِ عَلَىٰ وَصِيٍّ كُتِبَ كِتَابُ الْوَصِيَّةِ عَلَىٰ حِدَةٍ، وَكِتَابُ الشِّرَاءِ عَلَىٰ حِدَةٍ)، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[3].

وقالَ محمَّدٌ في أصلِ «الجامعِ الصغيرِ»: «عنْ يعقوبَ، عنْ [٣/٥٦٢ر] أبي حَنِيفَةَ: لا تكْتُبْ إذا كتَبْتَ: شراءُ فلانٍ وَصِيِّ فلانٍ، ولكنِ اكْتُبْ شهادةَ الوَصِيَّةِ

(١) يعني: مِن خواصِّ مسائل «الجامع الصغير».
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٣) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٣١].

. . . .

علىٰ حِدَةٍ»[(١)].

قالَ فخرُ الإسلامِ: «وهذِهِ مِنَ الخواصِّ، وذلكَ في بَيْعِ الوَصِيِّ، وشراءِ الوَصِيِّ، وما أشبَهَ ذلكَ؛ لأنَّ الجمعَ بينهُمَا يُوجِبُ حَمْلًا على الكذبِ، والاحتياطُ في ذلكَ أنْ يَكْتُبَ في ذلكَ كتابَ الوَصِيَّةِ علىٰ حِدَةٍ، وكتابَ الشراءِ علىٰ حِدَةٍ؛ لأنَّهُ لوْ كتبَ كتابًا واحدًا، وأشهدَ عليْهِ شهودًا منهُمْ مَنْ لمْ يَشْهَدْ علىٰ الإِيصَاءِ، فعندَ أداءِ الشهادةِ ربَّما يشهدُ بالكُلِّ، فيكونُ شاهدَ زُورٍ، فيَكْتُبُ كلَّ كتابٍ علىٰ حِدَةٍ؛ احترازًا عنِ الحَمْلِ علىٰ الكذبِ».

وذَكَرَ في كتابِ «الوَصَايَا»: «لا بأسَ بأنْ يَكْتُبَ: إنِّي اشتريْتُ مِنْ فلانٍ وَصِيِّ فلانٍ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ لا تَظْهَرُ غالبًا بالمُعايَنةِ والمُشاهَدةِ، وإنَّما تَظْهَرُ بقولِ الناسِ، وبقولِ [٨/٣٣٦ظ/م] الوَصِيِّ: إنِّي[(٢)] وَصِيُّ فلانٍ، فلهذَا قالَ: لا بأسَ بأنْ يَكْتُبَ على هذا الوجهِ. كذا فخرُ الدِّينِ قاضِي خان.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﵀ في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «الوَصِيُّ إذا باعَ شيئًا، فأرادَ المُشْتَرِي أنْ يَكْتُبَ صَكًّا؛ يَكْتُبُ: إنِّي اشتريْتُ مِنْ فلانٍ، ولا يَكْتُبُ: مِنْ فلانٍ وَصِيِّ فلانٍ؛ لأنَّكَ إذا كتبْتَ: مِنْ فُلانٍ وَصِيِّ فلانٍ، ثُمَّ أردْتَ أنْ تُشْهِدَ عليْهِ قومًا لا يعرفونَ أنَّهُ وَصِيٌّ؛ لمْ يَكْتُبُوا شهادتَهُمْ؛ لأنَّهُمْ يقولونَ: إقرارٌ كما على الميتِ لا يجوزُ.

وإذا كانَ يُؤَدِّي إلىٰ هذا لا ينبغِي أنْ يَكْتُبَ: اشْتَرَىٰ مِنْ فلانِ بنِ فلانٍ، ثُمَّ يَكْتُبُ وصِيَّتَهُ علىٰ حِدَةٍ، فإذا أرادَ أنْ يُشْهِدَ علىٰ الشراءِ قومًا يعرفونَ بأنَّهُ وَصِيُّ فلانٍ، فلا بأسَ بأنْ يَكْتُبَ أنَّهُ اشْتَرَىٰ منْ وَصِيِّ فُلانٍ، وقدْ ذكرَ في كتابِ الوَصَايَا:

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٣١].

(٢) وقع بالأصل: «إن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

ثُمَّ قِيلَ: يَكْتُبُ اشْتَرَىٰ مِنْ فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ وَلَا يَكْتُبُ مِنْ فُلَانٍ وَصِيِّ فُلَانٍ لِمَا بَيَّنَّا.

وَقِيلَ: لَا بَأْسَ[1] بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْوِصَايَةَ تُعْلَمُ ظَاهِرًا.

قَالَ: وَبَيْعُ الْوَصِيِّ عَلَى الْكَبِيرِ الْغَائِبِ جَائِزٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي الْعَقَارِ[2]؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ الْأَبُ عَلَى الْكَبِيرِ، إِلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَّاهُ لِمَا أَنَّهُ حُفِظَ لِتَسَارُعِ الْفَسَادِ إِلَيْهِ، وَحِفْظُ الثَّمَنِ أَيْسَرُ وَهُوَ يَمْلِكُ الْحِفْظَ، أَمَّا الْعَقَارُ فَمُحْصَنٌ بِنَفْسِهِ.

غاية البيان

اشْتَرَىٰ مِنْ فلانٍ وَصِيِّ فلانٍ»، كذا ذَكَرَ الفقيهُ أبو الليثِ.

قَوْلُهُ: (ثُمَّ قِيلَ: يَكْتُبُ)، أيِ: القاضِي أوِ المُشْتَرِي.

قَوْلُهُ: (لِمَا بَيَّنَّا)، إشارةٌ إلىٰ قولِهِ: (لِأَنَّ ذَلِكَ أَحْوَطُ).

قَوْلُهُ: (وَقِيلَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ)، أيْ: لا بأسَ بأنْ يُكْتَبَ: مِنْ فلانٍ وَصِيِّ فلانٍ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَبَيْعُ الْوَصِيِّ عَلَى الْكَبِيرِ الْغَائِبِ جَائِزٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي الْعَقَارِ)، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[3].

قالَ في أصلِ «الجامعِ الصغيرِ»: «محمَّدٌ، عنْ يعقوبَ، عنْ أبي حَنِيفَةَ: في الرَّجُلِ يموتُ ويُوصِي إلىٰ رَجُلٍ، ويتْرُكُ ابنًا كبيرًا غائبًا، قالَ: كلُّ شيءٍ صنَعَهُ الوَصِيُّ فهو جائزٌ، إلَّا أنَّهُ لا يَبِيعُ العَقَارَ، ولا يتَّجِرُ في المالِ»[4]. وذلكَ لأنَّ الوَصِيَّ قائمٌ مقامَ الأبِ، والأبُ لا يَمْلِكُ بَيْعَ العَقَارِ علىٰ ولدِهِ الكبيرِ، فكذلكَ مَنِ

(١) في الأصل: «بأمن».

(٢) زاد بعده في (ط): «لأن الأب يلي ما سواه ولا يليه، فكذا وصيه فيه. وكان القياس ألا يملك الوصي غير العقار أيضا».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٣١].

(٤) ينظر: المصدر السابق.

قَالَ (وَلَا يَتْجُرُ فِي الْمَالِ) لِأَنَّ الْمُفَوَّضَ إِلَيْهِ الْحِفْظُ دُونَ التِّجَارَةِ.

غاية البيان

انتقلَتْ إليْهِ وِلَايَةُ الأبِ وهو الوَصِيُّ، وإنَّمَا يَمْلِكُ بَيْعَ العُرُوضِ على الكبيرِ الغائبِ.

والقياسُ: ألَّا يَمْلِكَهُ؛ لأنَّ الأبَ لا يَمْلِكُ بَيْعَ العُرُوضِ على ولدِهِ الكبيرِ، فكذلكَ وصيُّهُ.

وَجْهُ الاستحسانِ: أنَّ الوَصِيَّ مأمورٌ بحِفْظِ التركةِ حتَّى لوْ ظَهَرَ عليْهِ دَيْنٌ يُقْضَى مِنْ ذلكَ، وبَيْعُ المنقولِ مِنْ بابِ الحفظِ؛ لأنَّ المنقولَ ممَّا يُخْشَى عليْهِ التلَفُ، وقدْ يكونُ حِفْظُ الثمنِ أيسَرَ، بخلافِ العَقَارِ فإنَّهُ مُحَصَّنٌ بنفسِهِ محفوظٌ، لا يُخْشَى عليْهِ التلَفُ، ومَنْ أرادَ تحصينَ مالِهِ وحِفْظَهُ صَرَفَهُ في شراءِ العَقَارِ، والعُرُوضُ يُسْرِعُ إليهَا التلَفُ، وحِفْظُ بدلِهَا مِنَ الدراهمِ والدنانيرِ أيْسَرُ وأبعدُ مِنَ التَّوَى والتلَفِ والفسادِ.

وقالُوا [٥٦٢/٣ظ]: لوْ خِيفَ هلاكُ العَقَارِ، أوْ هلاكُ [٣٣٧/٨و/م] بنائِهِ؛ يَمْلِكُ الوَصِيُّ[1] بَيْعَهُ أيضًا على الكبيرِ الغائبِ؛ لأنَّ البيعَ في هذِهِ الحالةِ يكونُ حِفْظًا، ولا يتَّجِرُ الوَصِيُّ على الكبيرِ الغائبِ في مالِهِ؛ لأنَّ التجارةَ يُبْتَغَى بها الربحُ دونَ الحفظِ، فلا يَمْلِكُ.

وقالَ في «الجامعِ الصغيرِ»: «وقالَ يعقوبُ ومحمَّدٌ: وَصِيُّ الأخِ والأُمِّ والعَمِّ في الصغيرِ والكبيرِ الغائبِ بمنزلةِ وَصِيِّ الأبِ في الكبيرِ الغائبِ».

يعني: أنَّ وَصِيَّهُمْ يَمْلِكُ بَيْعَ العُرُوضِ، ولا يَمْلِكُ بَيْعَ العَقَارِ، يريدُ بِهِ فيما تَرَكَ الأخُ والأُمُّ والعَمُّ؛ وهذا لأنَّ الوَصِيَّ قائمٌ مقامَ المُوصِي، والأخُ والأُمُّ والعَمُّ لا يمْلِكونَ التصَرُّفَ في مالِ الصغيرِ، فكذلكَ مَنْ قامَ مقامَهُمْ إلَّا ما كانَ مِنْ بابِ الحفظِ، حتَّى ملَكُوا شراءَ الطعامِ والكسوةِ للصغيرِ؛ لأنَّ ذلكَ مِنْ جملةِ حِفْظِ

---

(١) وقع بالأصل: «المُوصِي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

....

الصغيرِ، فلوْ كانَ للصغيرِ مالٌ آخَرُ لا مِنْ تركةِ الأخِ والأُمِّ والعمِّ، فوَصِيُّهُمْ لا يَمْلِكُ حِفْظَ ذلكَ المالِ؛ لأنَّ وِلَايَةَ الحفظِ مقصورةٌ علىٰ تركةِ المُوصِي. كذا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ».

وجملةُ القولِ هنا: ما قالَ الفقيهُ أبو الليثِ في كتابِ «نُكَتِ الوَصَايَا»: وإذا باعَ الوَصِيُّ التركةَ فإنَّ هذِهِ المسألةَ علىٰ وُجوهٍ: إمَّا أنْ يكونَ الوَرَثَةُ كلُّهُمْ كبارًا، أوْ يكونَ كلُّهُمْ صغارًا، وإمَّا أنْ يكونَ بعضُهُمْ صِغارًا وبعضُهُمْ كِبارًا، وإمَّا أنْ يكونَ الميتُ أوْصَىٰ لرَجُلٍ بشيءٍ مِنَ الدراهمِ، أوْ كانَ عليْهِ الدَّيْنُ.

فأمَّا إذا كانتِ الوَرَثَةُ كلُّهُمْ كِبارًا، ولا دَيْنَ علىٰ الميتِ، ولا وصيَّةَ، فإنْ كانُوا حُضورًا فليسَ لهُ أنْ يَبِيعَ شيئًا مِنَ المالِ؛ لأنَّهُ لا وِلَايَةَ لهُ في نصيبِ الكبارِ، وإنْ كانُوا غُيَّبًا؛ فليسَ لهُ أنْ يَبِيعَ العُرُوضَ، وليسَ لهُ أنْ يَبِيعَ العَقَارَ؛ لأنَّ للوَصِيِّ وِلَايَةَ الحفظِ والتحصينِ حتَّىٰ يُسَلِّمَ إلىٰ الكبارِ، وبَيْعُهُ مِنَ التحصينِ؛ لأنَّ حِفْظَ الثمنِ أيسرُ مِنْ حِفْظِ العُرُوضِ، وأمَّا العقاراتُ فمُحَصَّنَةٌ بنفسِهَا، فلا يحتاجُ إلىٰ بَيْعِهَا للتحصينِ.

وأمَّا إذا كانتِ الوَرَثَةُ كلُّهُمْ صِغارًا، وهمْ حُضورٌ أوْ غُيَّبٌ، فلهُ أنْ يَبِيعَ نصيبَهُمْ؛ لأنَّهُ قامَ مقامَ الأبِ، ويجوزُ للأبِ أنْ يَبِيعَ مالَ الصِّغَارِ إذا رأىٰ في البيعِ صَلاحًا لهمْ، عُرُوضًا كانَ أوْ عَقارًا، فكذلكَ الوَصِيُّ الَّذِي قامَ مقامَهُ.

أمَّا إذا كانتِ الوَرَثَةُ بعضُهُمْ صِغارًا وبعضُهُمْ كِبارًا؛ في قولِ أبي حَنِيفَةَ: لهُ أنْ يَبِيعَ نصيبَ الصِّغَارِ والكبارِ، والعُرُوضَ والعَقَارَ جميعًا.

وفي قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ: لهُ أنْ يَبِيعَ نصيبَ [٨/٣٣٧ظ/م] الصِّغَارِ العُرُوضَ والعَقَارَ، وليسَ لهُ أنْ يَبِيعَ نصيبَ الكبارِ إذا كانَ الكبارُ حُضورًا، فإذا كانُوا غُيَّبًا فلهُ

. . . .

أنْ يَبِيعَ العُرُوضَ، خاصَّةً نصيبَ الصِّغَارِ والكبارِ، ولا يَبِيعُ العَقَارَ إلَّا نصيبَ الصِّغَارِ.

وأمَّا مذهبُ أبي حَنِيفَةَ: أنَّ الوَصِيَّ مأمورٌ بِبَيْعِ جميعِ التركةِ مِنْ طريقِ الدلالةِ؛ لأنَّهُ أُمِرَ بالإصلاحِ، وفي البيعِ إصلاحُ الفريقَيْنِ؛ لأنَّهُ إذا باعَ البعضَ كانَ في ذلكَ ضَرَرٌ بالصِّغارِ والكبارِ جميعًا، فالكبارُ في امتناعِهِمْ مُتعنِّتُونَ مُضارُّونَ بأنفسِهِمْ وبالصِّغارِ، فامتناعُهُمْ باطلٌ، ويجوزُ بَيْعُهُ إذا كانَ في بَيْعِ الجملةِ إصلاحٌ للفريقَيْنِ جميعًا.

وأمَّا مذهبُهُمَا ـ وهو القياسُ ـ: أنَّ الوَصِيَّ قامَ مقامَ الصِّغَارِ، فلو كَبِرَ الصِّغَارُ؛ لا يجوزُ لهمْ إلَّا بَيْعُ [٣/٥٦٣و] نصيبِهِمْ، فكذلكَ الوَصِيُّ، وبهذا القولُ نأخُذُ.

والجوابُ عنْ أبي حَنِيفَةَ: أنَّ الصِّغَارَ إذا كَبِروا؛ فليستْ لهمْ وِلَايَةٌ في نصيبِ الكبارِ، وهمْ غيرُ مأمورِينَ بِبَيْعِ نصيبِهِمْ، لا دلالةً ولا إفصاحًا، وأمَّا الوَصِيُّ مأمورٌ بِبَيْعِهِ مِنْ طريقِ الدلالةِ، ولوْ كانَ على الميتِ دَيْنٌ، أوْ أوْصَى بشيءٍ مِنَ الدراهمِ، وليسَ في التركةِ دراهمُ، والوَرَثَةُ كبارٌ حُضورٌ؛ في قولِ أبي حَنِيفَةَ: يجوزُ بَيْعُ جميعِ التركةِ، وفي قولِهِمَا: لا يجوزُ إلَّا [بَيْعُ][1] حِصَّةِ الدَّيْنِ.

أمَّا مذهبُ أبي حَنِيفَةَ: فإنَّ كلَّ[2] جُزْءٍ مِنْ أجزاءِ المالِ مشغولٌ بالدَّيْنِ؛ بدليلِ أنَّهُ لوْ هلَكَ بعضُ المالِ وَجَبَ قضاءُ الدَّيْنِ مِنَ البقيَّةِ، فثَبَتَ أنَّ كلَّ جُزْءٍ مِنْ أجزاءِ المالِ مشغولٌ بالدَّيْنِ، فلهُ أنْ يَبِيعَ جميعَ المالِ.

وأمَّا مذهبُهُمَا: فهو أنَّهُ إنَّما يَبِيعُ لأجْلِ الدَّيْنِ، فوَجَبَ ألَّا يجوزَ [بَيْعُهُ][3] إلَّا بمقدارِ الدَّيْنِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) وقع بالأصل: «فإن كان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

وقال أبو يوسف ومحمد: وَصِيُّ الْأَخِ فِي الصَّغِيرِ [٢٩٨/ط] وَالْكَبِيرِ الْغَائِبِ بِمَنْزِلَةِ وَصِيِّ الْأَبِ فِي الْكَبِيرِ الْغَائِبِ، وَكَذَا وَصِيُّ الْأُمِّ وَوَصِيُّ الْعَمِّ. وَهَذَا الْجَوَابُ فِي تَرِكَةِ هَؤُلَاءِ لِأَنَّ وَصِيَّهُمْ قَائِمٌ مُقَامَهُمْ وَهُمْ يَمْلِكُونَ مَا يَكُونُ مِنْ بَابِ الْحِفْظِ فَكَذَا وَصِيُّهُمْ.

غاية البيان

وقالَ الفقيهُ أبو الليثِ في آخرِ كتابِ «نُكَتِ الوَصَايَا»: «إنَّ وَصِيَّ الأُمِّ ليسَ لهُ أنْ يَبِيعَ العَقَارَ، ولهُ أنْ يَبِيعَ العُرُوضَ إذا كانتِ الوَرَثَةُ صِغارًا، أوْ كِبارًا، وهمْ غُيَّبٌ، وكذلكَ وَصِيُّ العَمِّ ووَصِيُّ الأخِ ونحوُ ذلكَ، ليسَ لأحدٍ مِنْ هؤلاءِ حقُّ التصَرُّفِ في العَقَارِ، ولهمْ حقُّ التصَرُّفِ في العُرُوضِ الَّتِي ورثةٌ مِنَ الأُمِّ خاصَّةً، أوْ مِنَ الأخِ، أوْ مِنَ العمِّ، وليسَ لأحدِهِمْ أنْ يتَصَرَّفَ فيما وَرِثَ مِنْ غيرِ الَّذِي أوْصَى إليْهِ.

وأمَّا وَصِيُّ الأبِ: فلهُ حقُّ التصَرُّفِ في العُرُوضِ والعَقَارِ، سواءٌ وَرِثَ مِنْ أبيهِ [٣٣٨/٨و/م]، أوْ مِنْ غيرِهِ إذا كانتِ الوَرَثَةُ صِغارًا.

وأمَّا إذا كانتِ الوَرَثَةُ كِبارًا ـ وهمْ غُيَّبٌ ـ فليسَ لهُ أنْ يتَصَرَّفَ إلَّا في العُرُوضِ خاصَّةً؛ لأنَّ لهُ وِلَايَةَ الحفظِ، وبَيْعُ العُرُوضِ للحِفْظِ، والعقاراتُ مُحَصَّنةٌ بنفسِهَا، فلا يحتاجُ إلى الحفظِ، وكذا وَصِيُّ الأُمِّ والعمِّ والأخِ فيما وَرِثَ مِنَ الَّذِي أوْصَى إليهِ؛ صارَ حُكْمُهُ في ذلكَ حُكْمَ وَصِيِّ الأبِ في الكبارِ إذا كانُوا غُيَّبًا، [واللهُ أعلمُ][1].

قَوْلُهُ: (وَقَالَا: وَصِيُّ الْأَخِ فِي الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ الْغَائِبِ بِمَنْزِلَةِ وَصِيِّ الْأَبِ فِي الْكَبِيرِ الْغَائِبِ)، أيْ: قالَ أبو يوسفَ ومحمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى، ولا خلافَ في هذهِ المسألةِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

وَالْوَصِيُّ أَحَقُّ بِمَالِ الصَّغِيرِ مِنَ الْجَدِّ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: الْجَدُّ أَحَقُّ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَقَامَهُ مُقَامَ الْأَبِ حَالَ عَدَمِهِ حَتَّىٰ أَحْرَزَ الْمِيرَاثَ فَيُقَدَّمُ عَلَىٰ وَصِيِّهِ.

وإنما خصَّ ذِكْرهُمَا في «الجامعِ الصغيرِ»؛ لأنَّهُ رُوِيَ عنهُمَا ولَمْ يُرْوَ عنْ أبي حَنِيفَةَ. كذا قالَ الفقيهُ أبو الليثِ في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ» وقدْ مَرَّ باقي البيانِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَالْوَصِيُّ أَحَقُّ بِمَالِ الصَّغِيرِ مِنَ الْجَدِّ)، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[١].

وعندَ الشَّافِعِيِّ: الجَدُّ أَوْلَىٰ[٢]؛ لأنَّ الشرعَ أقامَ الجَدَّ مقامَ الأبِ عندَ عدمِهِ؛ ولهذا لوْ ماتَ الأبُ ولمْ يُوصِ إلىٰ أحدٍ كانتِ الوِلَايَةُ للجَدِّ.

ولنَا: أنَّ وِلَايَةَ الأبِ انتقلَتْ إلىٰ الوَصِيِّ بِالوِصَايَةِ، والأبُ مُقَدَّمٌ علىٰ الجَدِّ، فكذا مَنِ انتقلَتْ ولايتُهُ إليْهِ، فكانَ تقديمُ الوَصِيِّ علىٰ الجَدِّ كتقديمِ الأبِ عليْهِ؛ لأنَّ الوَصِيَّ قائمٌ مقامَهُ.

يُحَقِّقُهُ: أنَّ اختيارَ الأبِ الوَصِيَّ معَ وجودِ الجَدِّ دليلٌ علىٰ أنَّ الوَصِيَّ أنظَرُ للأولادِ، وهذه الوِلَايَةُ نظريَّةٌ، فيكونُ الوَصِيُّ أَوْلَىٰ مِنَ الجَدِّ.

قالَ الكَرْخِيُّ في «مُخْتَصَرِهِ»: «وإذا ماتَ الرَّجُلُ ولمْ يُوصِ إلىٰ أحدٍ، ولهُ أبٌ [٣/٥٦٣ظ] وأولادٌ صِغارٌ، والأبُ مأمونٌ؛ فالأبُ في ذلكَ بمنزلةِ الوَصِيِّ الَّذِي يُوصِي إليْهِ الأبُ، فإنْ ماتَ الجَدُّ، فأوْصَىٰ إلىٰ رَجُلٍ جازَ ذلكَ، وكانَ وَصِيَّ الجَدِّ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٣٢].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٨/٣٠٧]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٥/١٠٨]، و«روضة الطالبين» للنووي [٦/١٧٥]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّمِيري [٦/٢٩٦].

وَلَنَا أَنَّ بِالْإِيصَاءِ تَنْتَقِلُ وِلَايَةُ الْأَبِ إِلَيْهِ فَكَانَتْ وِلَايَتُهُ قَائِمَةً مَعْنًى فَيُقَدَّمُ عَلَيْهِ كَالْأَبِ نَفْسِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ اخْتِيَارَهُ الْوَصِيَّ مَعَ عِلْمِهِ بِقِيَامِ الْجَدِّ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ تَصَرُّفَهُ أَنْظَرُ لِبَنِيهِ مِنْ تَصَرُّفِ أَبِيهِ (فَإِنْ لَمْ يُوصِ الْأَبُ فَالْجَدُّ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ) لِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِ وَأَشْفَقُهُمْ عَلَيْهِ حَتَّى يَمْلِكَ الْإِنْكَاحَ دُونَ وَصِيٍّ، غَيْرَ أَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيْهِ وَصِيُّ الْأَبِ فِي التَّصَرُّفِ لِمَا بَيَّنَّاهُ.

غاية البيان

بمنزلةِ وَصِيِّ الأبِ إذا لمْ يكنْ للأبِ وَصِيٌّ، فإنْ كانَ لهُ وَصِيٌّ: فوَصِيُّ الأبِ أَوْلَى مِنَ الجَدِّ، وكذلكَ وَصِيُّ وَصِيِّ الأبِ أَوْلَى مِنَ الجَدِّ، وهذا قولُ أصحابِنَا جميعًا»[1]. إلى هنا لفْظُ الكَرْخِيِّ.

قَوْلُهُ: (لِمَا بَيَّنَّا)، إشارةٌ إلى قولِهِ: (وَلَنَا: أَنَّ بِالْإِيصَاءِ تَنْتَقِلُ وِلَايَةُ الْأَبِ إِلَيْهِ).

واللهُ تعالَى أعلمُ.

---

(1) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٣/ داماد].

فَصْــلٌ
فِي الشَّهَادَةِ

قال: وَإِذَا شَهِدَ الْوَصِيَّانِ أَنَّ الأب أَوْصَىٰ إِلَىٰ فُلَانٍ مَعَهُمَا؛ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّهُمَا مُتَّهَمَانِ فِيهَا لِإِثْبَاتِهِمَا مُعَيِّنًا لِأَنْفُسِهِمَا.

غاية البيان

فَصْــلٌ
فِي الشَّهَادَةِ

وإنَّمَا أَخَّرَ ذِكْرَ الشهادةِ في الوَصِيَّةِ؛ لكونِهَا عارِضةً غيرَ أصْليَّةٍ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ العارِضِ.

قَوْلُهُ: (وَإِذَا شَهِدَ الْوَصِيَّانِ أَنَّ الْمَيِّتَ أَوْصَىٰ إِلَىٰ فُلَانٍ مَعَهُمَا؛ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ).

وقالَ محمَّدٌ في أصلِ «الجامعِ الصغيرِ» «عنْ [٨/٣٣٨ظ/م] يعقوبَ، عنْ أبي حَنِيفَةَ: في الوَصِيَّيْنِ يشهدانِ أنَّ الميتَ أوْصَىٰ إلىٰ هذا معهُمَا، قالَ: إنِ ادَّعَىٰ ذلكَ فشهادتُهُمَا جائزةٌ، وإنْ أنكرَ ذلكَ فشهادتُهُمَا باطلةٌ، وكذلكَ الوارثانِ يشهدانِ بذلكَ»(١).

قالُوا في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: وهذا استحسانٌ، والقياسُ: ألَّا يُقْبَلَ، وإنِ ادَّعَىٰ المشهودُ لهُ ذلكَ.

وَجْهُ القياسِ: أنَّ هذِهِ الشهادةَ قامَتْ للشاهِدِ أوْ لأبيهِ؛ فبطلَتْ.

وَجْهُ الاستحسانِ: أنَّ القاضيَ يَمْلِكُ نَصْبَ الوَصِيِّ إذا كانَ طالبًا والموتُ معروفًا، فلا يَثْبُتُ للقاضِي بهذِهِ الشهادةِ وِلَايَةٌ لمْ تكنْ، وإنَّما أسقَطَا عنهُ مُؤْنَةَ التعْيِينِ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٣٢].

. . . .

ومثالُهُ: أنَّ القُرْعَةَ ليستْ بحُجَّةٍ، ويجوزُ استعمالُهَا في تعْيينِ الأنْصِباءِ لدَفْعِ التهمةِ عنِ القاضِي، فصلحَتْ دافعةً لا مُوجِبةً، فكذلكَ هذِهِ الشهادةُ تدْفَعُ عنهُ مُؤنةَ التعْيينِ، وإذا كانَ غيرَ طالبٍ والموتُ غيرَ معروفٍ لمْ يكنْ للقاضِي ولَايَةُ نصْبِ الوَصِيِّ إلَّا بهذِهِ البَيِّنَةِ، فتصيرُ مُوجبةً، فيَبْطُلُ بمعنَى[1] التهمةِ، إلَّا في غريمَيْنِ عليهِمَا دَيْنٌ؛ لأنَّ اعترافَهُمَا على أنفسِهِمَا بثبوتِ ولَايَةِ القبضِ جائزٌ، فانتفَتِ التهمةُ عنْ شهادتهِمَا.

بخلافِ مسألةِ التَّوْكِيلِ إذا شَهِدَا أنَّ أباهُمَا وَكَّلَ فلانًا بقَبْضِ ديونِهِ بالكوفةِ؛ فالشهادةُ باطلةٌ؛ لأنَّ القاضيَ لا يَمْلِكُ نَصْبَ الوَكِيلِ عنِ الغائبِ، فإذا لمْ يكنْ مالِكًا، فلو ثَبَتَ ثَبَتَ بهذِهِ الحُجَّةِ، وهذِهِ حُجةٌ فيهَا تهمةٌ، فبطلَتْ.

وجملةُ الكلامِ فيه: ما قالَ الفقيهُ أبو الليثِ في كتابِ «**نُكَتِ الوَصَايَا**» بقولِهِ: «وإذا أوْصَى الرَّجُلُ إلى الرَّجُلينِ، فشهدَ الوصِيَّانِ أنَّ الميتَ قدْ أوْصَى إلى فُلانٍ معهُمَا؛ فشادتُهُمَا جائزةٌ، وهذا استحسانٌ، وكذلكَ إذا شَهِدَ الوارثانِ، أوِ المُوصَى لهما، أوِ الغريمانِ اللَّذانِ لهُمَا على الميتِ دَيْنٌ، أوِ الغريمانِ اللَّذانِ للميتِ عليهِمَا دَيْنٌ؛ فالجوابُ في هذِهِ الفصولِ الخمسةِ واحدٌ: أنَّ شهادَتَهُمَا لا تُقْبَلُ في القياسِ، وفي الاستحسانِ: تُقْبلُ إذا كانَ الموتُ ظاهرًا، وإنْ لمْ يكنِ الموتُ ظاهرًا لا تُقْبلُ إلَّا في الغريمينِ اللَّذَيْنِ عليهِمَا دَيْنٌ.

أمَّا وَجْهُ القياسِ: فهو أنَّ في شهادَتِهِمَا جَرَّ مَغْنمٍ؛ لأنَّ الوَصِيَّيْنِ إذا كانَ معهُمَا ثالثٌ؛ يكونُ لهُمَا منفعةٌ، وكذلكَ الوارثانِ [٨/٣٣٩و/م]، أوِ الغريمانِ [يكونُ لهُمَا منفعةٌ][2]، أَلَا ترَى أنَّهُمَا لوْ شَهِدَا في حالِ حياتِهِ [٣/٥٦٤و] بِالْوَكَالَةِ؛ لا تُقْبَلُ

---

(١) في «م»: «فيَبْطُل لمعنى».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَهَا الْمَشْهُودُ لَه وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَهُوَ فِي الْقِيَاسِ الْأَوَّلِ لِمَا بَيَّنَّا مِنْ التُّهْمَةِ.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ لِلْقَاضِي وِلَايَةَ نَصْبِ الْوَصِيِّ ابْتِدَاءً أَوْ ضَمَّ آخَرَ إِلَيْهِمَا بِرِضَاهُ بِدُونِ شَهَادَتِهِمَا فَيَسْقُطُ بِشَهَادَتِهِمَا مُؤْنَةُ التَّعْيِينِ عَنْهُ، أَمَّا الْوِصَايَةُ تَثْبُتُ بِنَصْبِ الْقَاضِي.

قَالَ (وَكَذَلِكَ الِابْنَانِ) مَعْنَاهُ إِذَا شَهِدَا أَنَّ الْمَيِّتَ أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ وَهُوَ يُنْكِرُ لِأَنَّهُمَا يَجُرَّانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا نَفْعًا بِنَصْبِ حَافِظٍ لِلتَّرِكَةِ.

غاية البيان

شهادتُهُمَا، فكذلكَ هاهُنَا، أَلَا ترَىٰ أنَّ الغريمَيْنِ لوْ قَضَيَا الدَّيْنَ، ثُمَّ شَهِدَا لا تُقْبَلُ شهادتُهُمَا قَبْلَ القضاءِ؛ لأنَّ في ذلكَ سببَ براءتِهِمَا إذا قَضَيَا الدَّيْنَ.

وأَمَّا وَجْهُ الاستحسانِ: فهو أنَّ القاضيَ لوْ أبطلَ شهادَتَهُمَا يحتاجُ إلىٰ أنْ يَنْصِبَ لهُ وصيًّا؛ لأنَّ القاضيَ لا ينبغِي لهُ أنْ يُعَطِّلَ أُمورَ الميِّتِ، وقدْ أقرَّ الوصِيَّانِ أنَّهُ ليسَ لهما حقُّ التصرُّفِ، إلَّا أنْ يكونَ معهُمَا ثالثٌ، فإذا كانَ الأمرُ هكذا ينبغِي أنْ يُسْتَحْسَنَ وتُقْبَلَ شهادتُهُمَا؛ لأنَّهُ لوْ لمْ تُقْبَلْ شهادتُهُمَا يحتاجُ إلىٰ أنْ يَضُمَّ إليهِمَا ثالثًا، فلا فائدةَ في إبطالِ شهادَتِهِمَا.

فأمَّا إذا لمْ يكنِ الموتُ ظاهِرًا: فهذا المعْنَىٰ لا يوجَدُ فيه، فيُؤْخَذُ فيه بالقياسِ [إلَّا][1] الغريمَيْنِ اللَّذَيْنِ عليهِمَا دَيْنٌ؛ لأنهما يشْهدانِ علىٰ أنفسِهِمَا في الظاهرِ، فلا تُهمةَ في شهادَتِهِمَا.

قولُهُ: (وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَهُوَ فِي الْقِيَاسِ كَالْأَوَّلِ)، أيْ: قبولُ شهادةِ الوَصِيَّيْنِ لآخَرَ أنَّهُ وَصِيٌّ معهُمَا إذا ادَّعَىٰ المشهودُ لهُ ذلكَ استحسانٌ.

وفي القياسِ: لا يُقْبَلُ الشهادةُ، كما إذا أنكرَ المشهودُ لهُ ذلكَ، وهذا معْنَىٰ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

وَلَوْ شَهِدَا يَعْنِي الْوَصِيَّيْنِ (لِوَارِثٍ صَغِيرٍ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ أَوْ غَيْرِهِ نَشَهَادَتُهُمَا بَاطِلَةٌ) لِأَنَّهُمَا يُظْهِرَانِ وِلَايَةَ التَّصَرُّفِ لِأَنْفُسِهِمَا فِي الْمَشْهُودِ بِهِ.

غاية البيان

قوله: (كَالْأَوَّلِ).

قَوْلُهُ: (وَلَوْ شَهِدَا)، يعني: الوصِيَّيْنِ لوارثٍ صغيرٍ بشيءٍ مِنْ مالِ الميتِ أوْ غيرِهِ، فشهادتُهُمَا باطلةٌ.

قالَ محمَّدٌ في «الجامعِ الصغيرِ»: «عنْ يعقوبَ، عنْ أبي حَنِيفَةَ: في الوصِيَّيْنِ يشهدانِ لوارثٍ صغيرٍ بشيءٍ مِنْ مالِ الميتِ أوْ بغيرِ مالِ الميتِ: أنَّ ذلكَ باطلٌ، وإنْ شَهِدا لوارثٍ كبيرٍ بشيءٍ مِنْ مالِ الميتِ لمْ تُقْبَلْ، وبشيءٍ مِنْ غيرِ مالِ الميتِ تُقْبَلُ، وقالَ أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: تُقْبَلُ الشهادةُ للكبيرِ في مالِ الميتِ أيضًا»[١].

أمَّا الشهادةُ للصغيرِ: فلأنَّهُمَا شَهِدَا لأنفسِهِمَا بحقِّ التصَرُّفِ وللوارثِ بالمِلْكِ، فبطلَتِ الشهادةُ كلُّهَا، كرَجُلَيْنِ يشْهدانِ أنَّ لنَا ولهذا المُدَّعِي علىٰ هذا ألفَ درهمٍ، فالشهادةُ كلُّهَا باطلةٌ؛ لأنَّ شهادةَ المتهمِ لا تُقْبَلُ، وشهادةُ الخصمِ لا تُقْبَلُ، فكذلكَ هاهُنَا.

وأمَّا الشهادةُ للكبيرِ: فوَجْهُ قولِهِمَا أنَّهُمَا أجنبيانِ عنِ المشهودِ لهُ، فوَجَبَ القبولُ كما في غيرِ مالِ الميتِ؛ وهذا لأنَّهُمَا ليسا بخصْمَيْنِ، وليسَ لهما حقُّ التصَرُّفِ في ذلكَ، فعَرِيَتِ الشهادةُ عنِ التهمةِ [٣٣٩/٨ظ/م]، فقُبِلَتْ.

ولأبي حَنِيفَةَ: أنَّ الوصِيَّيْنِ متهمانِ في هذِهِ الشهادةِ؛ لأنَّهُما يُوجِبانِ لأنفسِهِمَا حقَّ [الحفظِ؛ لأنَّ][٢] حِفْظَ مالِ الميتِ إليهِمَا في حقِّ الكبيرِ إذا غابَ، فيُتَوَهَّمُ عَوْدُ الوِلَايَةِ عليْهِ إذا جُنَّ أوْ عُتِهَ، فلا يُقْبَلُ شهادَتُهُمَا، كالمُودَعَيْنِ إذا شَهِدَا بملكِ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٣٢].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

فإن شَهِدَ لِوَارِثٍ كَبِيرٍ فِي مَالِ الْمَيِّتِ لَمْ يَجُزْ ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَالِ الْمَيِّتِ جَازَ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَا : إنْ شَهِدَا لِوَارِثٍ كَبِير تَجُوزُ فِي الْوَجْهَيْنِ ، لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتَ لَهُمَا وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ فِي التَّرِكَةِ إذَا كَانَتْ الْوَرَثَةُ كِبارًا فَعَرِيَتْ عَنْ التُّهْمَةِ. وَلَهُ أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُمَا وِلَايَةُ الْحِفْظِ وَوِلَايَةُ بَيْعِ الْمَنْقُولِ عِنْدَ غَيْبَةِ الْوَارِثِ فَتَحَقَّقَتْ التُّهْمَةُ بِخِلَافِ شَهَادَتِهَا فِي غَيْرِ التَّرِكَةِ لِانْقِطَاعِ وِلَايَةِ وَصِيِّ الْأَبِ عَنْهُ ، لِأَنَّ الْمَيِّتَ أَقَامَهُ مُقَامَ نَفْسِهِ فِي تَرِكَتِهِ لَا فِي غَيْرِهَا.

وَإِذَا شَهِدَ الرجلان لِرَجُلَيْنِ عَلَىٰ مَيِّتٍ بِدَيْنِ أَلْفِ دِرْهَمٍ ، وَشَهِدَ الْآخَرَانِ لِلْأَوَّلَيْنِ بِمِثْلِ ذَلِكَ ، جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا ، فَإِنْ كَانَتْ شَهَادَةُ كُلِّ فَرِيقٍ لِلْآخَرِ بِوَصِيَّةِ أَلْفِ دِرْهَمٍ لَمْ تَجُزْ.

غاية البيان

الوَدِيعَةِ للمُودِعِ. كذا قالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى.

قَوْلُهُ: (تَجُوزُ فِي الْوَجْهَيْنِ) ، أي: تجوزُ شهادةُ الوصِيَّيْنِ لوارثٍ كبيرٍ في مالِ الميتِ ، وفي غيرِ مالِ الميتِ.

قَوْلُهُ: (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ لِرَجُلَيْنِ[1] عَلَىٰ مَيِّتٍ بِدَيْنِ أَلْفِ دِرْهَمٍ ، وَشَهِدَ الْآخَرَانِ لِلْأَوَّلَيْنِ بِمِثْلِ ذَلِكَ ، جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا ، فَإِنْ كَانَتْ شَهَادَةُ كُلِّ فَرِيقٍ لِلْآخَرِ بِوَصِيَّةِ أَلْفِ دِرْهَمٍ لَمْ تَجُزْ) ، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ.

وقالَ أبو يوسفَ: لا تُقْبَلُ في الدَّيْنِ أيضًا ، وهكذَا ذكَرَ [٣/٥٦٤ظ] محمَّدٌ الخلافَ في «الجامعِ الصغيرِ»[2].

وقالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ في شرْحِهِ لـ«لجامعِ الصغيرِ»: «وذكَرَ الخَصَّافُ في «أدبِ القاضي»: أنَّ علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ: لا تُقْبَلُ الشهادةُ بالدَّيْنِ ،

(١) وقع بالأصل: «رجل». والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«فا٢» ، و«غ» ، و«ر».
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٣٢].

وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا تُقْبَلُ فِي الدَّيْنِ أَيْضًا.

وقالَ محمَّدٌ: تُقْبَلُ». والَّذِي ذكرَهُ الخَصَّافُ مذكورٌ في «**الأمالِي**» عنْ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ، ذكرَهُ بِشْرٌ في «**الأمالِي**»، فصارَ عنْ كُلِّ واحدٍ منهُمَا روايتانِ».

ولفْظُ الخَصَّافِ في كتابِ «**أدبِ القاضي**»: «لوْ أنَّ رَجُلًا ماتَ بِدَيْنِ ألفِ درهمٍ، وتَرَكَ ورثةً، وترَكَ مالًا، فشَهِدَ رَجُلانِ لرَجُلَيْنِ على الميتِ بِدَيْنِ ألفِ درهمٍ، فإنَّ أبا حنيفةَ وابنَ أبي لَيْلَى وأبا يوسفَ قالُوا: الشهادةُ باطلةٌ، مِنْ قِبَلِ أنَّهُمْ يشتركونَ فيما قَبَضَ كُلُّ واحدٍ منهُمْ. ورَوَى محمدُ بنُ الحسنِ في «**الجامعِ الصغيرِ**»[1] عنْ أبي حنيفةَ: إنَّ الشهادةَ جائزةٌ. ورَوَى الحسنُ بنُ زيادٍ، عنْ أبي حنيفةَ: أنَّهُمْ إنْ جاءُوا جميعًا فالشهادةُ باطلةٌ». إلى هنا لفْظُ الخَصَّافِ.

وَجْه الروايةِ الَّتِي حُكِمَ فيهَا بالردِّ: أنَّ الدَّيْنَ مُتعَلِّقٌ بالتركةِ على سبيلِ الشركةِ، فصارَ بمنزلةِ الوَصَايَا المشتركةِ.

وَوَجْهُ الروايةِ الأُخْرَى: أنَّ الدَّيْنَ إنَّمَا يَحُلُّ الذِّمَّةَ، ولا شركةَ في ذلكَ أصلًا، وإنَّمَا الِاسْتِيفَاءُ مِنْ ثمراتِهِ، فوقعَتِ الشهادةُ لغيرِ الشاهدِ، فقُبِلَتْ بخلافِ الوَصِيَّةِ؛ لأنَّ الحقَّ بِالوَصِيَّةِ لا يَثْبُتُ في الذِّمَّةِ، وإنَّما [٨/٣٤٠و/م] يَثْبُتُ في العينِ، فصارَ المالُ مشتركًا بينهُمْ. كذا ذَكَرَ فخْرُ الإسلامِ وغيرُهُ.

(١) لَمْ نَرَ هذا النقل عن أبي حنيفة في المطبوع مِن «الجامع الصغير»، وقد ساق أبو بكر الرازيُّ عبارةَ الخصَّاف في شرح أدب القاضي» [ق/٦٦/ ب/مخطوط متحف بلدية قونية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١١٦٠٣)]، ووقَع فيها العزو إلى «الجامع الكبير»، ولعل هذا أصح؛ لأن النقل وقَع عن أبي حنيفة هكذا في: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/١٧٠]. نعم: وقَع في النسخة المُسْندة مِن «أدب القاضي» للخَصَّاف [ق/٢٥٢/ أ/مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)]. العزو إلى «الجامع الصغير»! ولعله تحريف، أوْ هو مِن قَبِيل اختلاف النُّسَخ، وقد حكَى الصدرُ الشهيدُ في «شرح أدب القاضي» [٤/٤٥٠] العبارةَ عن الكتابَيْنِ جميعًا! أعني: «الجامع الكبير»، و«الجامع الصغير».

....

غاية البيان

وهنا ثلاثةُ فصولٍ: ذكَرهَا[1] شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في «شرحِ الكافي»: «في أحدِهَا: لا تُقبَلُ الشهادةُ بالاتفاقِ، وهو أنْ يَشْهدَ رَجُلانِ لرَجُلَيْنِ بوصيَّةِ الميتِ لهما بالثلثِ، ويشهدُ المشهودُ لهما للشاهدَيْنِ بِالوَصِيَّةِ بالثلثِ؛ وهذا لأنَّ الثلثَ مشتركٌ بينَ المُوصَىٰ لهُمْ، فشهادةُ كلِّ فريقٍ لاقَتْ محلًّا مشتركًا بينَ المشهودِ لهُ والشاهِدِ.

وفي الوجهِ الثاني: الشهادةُ مقبولةٌ بالاتفاقِ، وهوَ أنْ يَشْهَدَ الرَّجُلانِ أنَّ الميتَ أوْصَىٰ لهُمَا بهذا العبدِ، ويَشْهَدَ الآخرانِ أنَّ الميتَ أوْصَىٰ للشاهدَيْنِ بهذهِ الجاريةِ؛ فالشهادةُ تُقْبَلُ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ مِنَ الفريقَيْنِ يُثبِتُ الحقَّ للمشهودِ لهُمَا في محلٍّ لا شركةَ لهما في ذلكَ المحلِّ.

والفصلُ الثالثُ: على الخلافِ، وهو فصْلُ الدَّيْنِ، فأبو يوسفَ يقولُ: حقُّ الغُرَمَاءِ بعدَ الموتِ يتعَلَّقُ بالتركةِ؛ ولهذا لا يَثْبتُ المِلْكُ للوارثِ، ولا يَنْفُذُ تصَرُّفُهُ فيهَا إذا كانَ الدَّيْنُ مُحِيطًا بها، فشهادةُ كلِّ فريقٍ تُلاقِي محلًّا مُشتركًا، فهو نظيرُ مسألةِ الوَصِيَّةِ بالثلثِ؛ وهذا لأنَّ المقصودَ مِنْ إثباتِ الدَّيْنِ بعدَ الموتِ الِاسْتِيفَاءُ مِنَ التركةِ، وباعتبارِ المقصودِ تتَحَقَّقُ الشركةُ بينَهُمْ فيهِ.

وأبو حَنِيفَةَ ومحمَّدٌ قالَا: كلُّ فريقٍ إنَّمَا يشهدُ للفريقِ الآخَرِ بالدَّيْنِ في ذمَّةِ الميتِ، ولو شَهِدَا[2] بذلكَ في حياتِهِ كانتِ الشهادةُ مقبولةً، فكذلكَ إذا شَهِدَا بعدَ الموتِ بِهِ؛ وهذا لأنَّ الدَّيْنَ بالموتِ لا يتحوَّلُ مِنَ الذِّمَّةِ إلى التركةِ.

ألَا ترَىٰ أنَّ التركةَ لوْ هلكَتْ؛ لا يسْقُطُ شيءٌ مِنَ الدَّيْنِ، وأنَّ للوارثِ أنْ يستخلصَ التركةَ لنفسِهِ بقضاءِ الدَّيْنِ مِنْ محلٍّ آخَرَ، فلا تتَحَقَّقُ الشركةُ بينَهُمْ هاهنا، بخلافِ الوَصِيَّةِ بالثلثِ، فإنَّ حقَّ المُوصَىٰ لهُ يَثْبُتُ في عينِ التركةِ، حتَّىٰ لا يَبْقَىٰ

---

(١) وقع بالأصل: «ذكره». والمثبت من: «م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) وقع بالأصل: «شهد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

بعدَ هلاكِ التركةِ، فلوْ أرادَ الوَارِثُ أنْ يستخلصَ التركةَ لنفسِهِ، ويقضيَ المُوصَىٰ لهُ حقَّهُ مِنْ محلٍّ آخرَ لمْ يكنْ لهُ ذلكَ، فكانتِ الشركةُ ثابتةً بينهُمْ في التركةِ باعتبارِ شهادتِهِمَا»[1].

وتمامُ البيانِ فيه: ما قالَ الفقيهُ أبو الليثِ في كتابِ **«نُكَتِ الوَصَايَا»**: وإذا شَهِدَ أربعةُ نفرٍ، شَهِدَ هذانِ لهذيْنِ، وهذانِ لهذيْنِ على [٣/٥٦٥و] الميتِ بحقٍّ، فإنَّ هذا على ثلاثةِ أوجهٍ:

في وَجْهٍ: يُقْبَلُ شهادتُهُمَا بالاتفاقِ.

[٨/٣٤٠ظ/م] **وفي وَجْهٍ**: لا يُقْبَلُ بالاتفاقِ.

وفي وَجْهٍ: اختلفُوا فيهِ.

فأمَّا الَّذِي لا يُقْبَلُ شهادتُهُمَا بالاتفاقِ: إذا شَهِدَ شاهدانِ أنَّ الميتَ أوْصَىٰ لهذينِ بثلثِ المالِ، وشَهِدَ هذانِ لهذيْنِ أنَّ الميتَ أوْصَىٰ له[2] بثلثِ المالِ، أوْ بربعِ المالِ، أوْ بسدسِ المالِ، فشَهِدَ كلُّ فريقٍ بذلكَ لصاحبِهِ؛ لا يُقْبَلُ شهادتُهُمْ؛ لأنَّ كلَّ فريقٍ شَهِدَ على شيءٍ لهُ فيه حقُّ الشركةِ؛ لأنَّهُ لوْ جازَتْ شهادتُهُمْ صارَ الثلثُ بينهُمْ بالشركةِ، فثَبَتَ أنَّ كلَّ فريقٍ شَهِدَ على شيءٍ لهُ فيه شركةٌ، فصارَ مُتَّهَمًا في شهادَتِهِ، وإذا صارَ مُتَّهَمًا لا يُقْبَلُ شهادتُهُ.

وأمَّا الوجهُ الَّذِي جازَتْ شهادتُهُمَا بالاتفاقِ: إذا شَهِدَ هذانِ لهذَيْنِ بوصيةِ عبْدٍ بعَيْنِهِ، وشَهِدَ هذانِ لهذيْنِ بوصيةِ ثوْبٍ أوْ جاريةٍ، أوْ غيرِ ذلكَ بشيءٍ بعَيْنِهِ؛ جازَتْ شهادتُهُمْ؛ لأنَّ كلَّ فريقٍ شَهِدَ على شيءٍ لا يَثْبُتُ لهُ فيه شركةٌ، فإذا لمْ يَثْبُتْ

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [٢٨/٨٢ ـ ٨٣].

(٢) وقع في «غ»: لهما.

....

لَهُ فيه شركةٌ فلا تُهْمَةَ في شهادَتِهِمَا.

وأمَّا الوجهُ الَّذِي اختلفُوا فيه: إذا شَهِدَ هذانِ لهذَيْنِ على الميتِ بِدَيْنٍ، وشَهِدَ هذانِ لِهذَيْنِ على الميتِ بِدَيْنٍ آخرَ؛ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ: جازَتْ شهادَتُهُمَا، وفي قولِ أبي يوسفَ: لا يُقْبَلُ.

أمَّا مذهبُ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ: فهو أنَّ كُلَّ واحدٍ مِنَ الفريقينِ شَهِدَ للفريقِ[1] الآخرِ بِدَيْنٍ لا شركةَ لهُ فيه؛ لأنَّ كُلَّ دَيْنٍ وَجَبَ على حِدَةٍ، ولمْ يكنْ في أصلِ الدَّيْنِ شركةٌ، ألَا ترَى أنَّ أجنبيًّا لوْ تبرَّعَ، فقَضَى دَيْنَ أحدِ الفريقَيْنِ ليسَ للفريقِ الآخَرِ أنْ يُشارِكَهُ.

فإذا كانَ الأمرُ هكذَا فلا تُهْمَةَ في شهادَتِهِمَا، وصارَ كما قُلْنَا في الوَصِيَّةِ بعَيْنِهَا، وليسَ كَالوَصِيَّةِ بالثلثِ؛ لأنَّ هناكَ شَهِدَا على شيءٍ هما فيه شريكانِ، وشهادةُ الشريكِ لا تُقْبَلُ، والدَّيْنُ لا شركةَ بينَهُمَا فيه.

وأمَّا مذهبُ أبي يوسفَ: فهو أنَّهُ تقَعُ الشركةُ فيما بينَهُمَا في المُسْتَدْبَرِ؛ بدليلِ أنَّ أحدَ الفريقَيْنِ لوْ قَبَضَ مِنْ مالِ الميتِ شيئًا كانَ للفريقِ الآخَرِ أنْ يُشارِكَهُ، وأسبابُ الجرحِ إذا ظهرَتْ في المُسْتَدْبَرِ كانَ كأنَّها [كانتْ][2] موجودةً في الابتداءِ، فإذا كانَ الأمرُ هكذَا تمكَّنَتِ الشبهةُ في شهادَتِهِمَا.

والجوابُ لأبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ: أنَّ الشركةَ بينَهُمَا في الاقتضاءِ، والاقتضاءُ يتأخَّرُ عنِ الوجوبِ، فحينَ قضَى القاضِي لا شركةَ بينَهُمَا، وإنَّمَا تُعْتَبَرُ الشركةُ وَقْتَ القضاءِ، ووَقْتُ القضاءِ لا شُبهةَ في [٨/٣٤١م] شهادَتِهِمَا، وكذلكَ [لوْ][2] شَهِدَ ابنَا هذَيْنِ لهذَيْنِ، وابنَا هذَيْنِ لهذَيْنِ؛ فهيَ على هذِهِ الوجوهِ الَّتِي ذَكَرْنَا.

---

(١) وقع بالأصل: «للفريق وللفريق». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

وَأَبُو حَنِيفَةَ - فِيمَا ذَكَرَ الْخَصَّافُ - مَعَ أَبِي يُوسُفَ. وَعَنْ [١/٢٩٩] أَبِي يُوسُفَ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ.

ووجه القبول[1] أن الدين[2] يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ وَهِيَ قَابِلَةٌ لِحُقُوقٍ شَتَّى فَلَا شَرِكَةَ، وَلِهَذَا لَوْ تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِقَضَاءِ دَيْنِ أَحَدِهِمَا لَيْسَ لِلْآخَرِ حَقُّ الْمُشَارَكَةِ.

وَجْهُ الرَّدِّ أَنَّ الدَّيْنَ بِالْمَوْتِ يَتَعَلَّقُ بِالتَّرِكَةِ إِذْ الذِّمَّةُ خَرِبَتْ بِالْمَوْتِ، وَلِهَذَا لَوْ اسْتَوْفَى أَحَدُهُمَا حَقَّهُ مِنْ التَّرِكَةِ يُشَارِكُهُ الْآخَرُ فِيهِ فَكَانَتْ الشَّهَادَةُ مبينة[3] حَقَّ الشَّرِكَةِ فَتَحَقَّقَتْ التُّهْمَةُ، بِخِلَافِ حَالِ حَيَاةِ الْمَدْيُونِ لِأَنَّهُ فِي الذِّمَّةِ لِبَقَائِهَا لَا فِي الْمَالِ فَلَا تَتَحَقَّقُ الشَّرِكَةُ.

قَالَ (وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَوْصَى لِهَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ بِجَارِيَتِهِ وَشَهِدَ الْمَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّ الْمَيِّتَ أَوْصَى لِلشَّاهِدَيْنِ بِعَبْدِهِ جَازَتْ الشَّهَادَةُ بِالِاتِّفَاقِ) لِأَنَّهُ لَا شَرِكَةَ فَلَا تُهْمَةَ.

غاية البيان

قَوْلُهُ: (وَأَبُو حَنِيفَةَ - فِيمَا ذَكَرَ الْخَصَّافُ - مَعَ أَبِي يُوسُفَ)، يعني: لا تُقْبَلُ الشهادةُ عندَ أبي حَنِيفَةَ في الدَّيْنِ أيضًا كما قالَ أبو يوسفَ.

قَوْلُهُ: (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ)، يعني: تُقْبَلُ الشهادةُ في الدَّيْنِ أيضًا عندَ أبي يوسفَ كما قالَ محمَّدٌ، ولا تُقْبَلُ الشهادةُ في الوَصِيَّةِ بألفِ درهمٍ مُرْسَلَةٍ بالاتفاقِ.

والحاصلُ: أنَّ قولَ كُلِّ واحدٍ مِنْ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ اضْطَرَبَ، فحصَلَ مِنْ كلٍّ روايتانِ [٣/٥٦٥ظ]، وقولُ محمَّدٍ متقرِّرٌ، لا اضطرابَ فيهِ، فلأجْلِ هذا قالَ في المتنِ: (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ). ولمْ يَقُلْ: مِثْلُ قولِهِمَا؛ لاضطرابِ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ.

---

(١) في الأصل: «القول».
(٢) في الأصل: «الذي».
(٣) في (ط): «مثبتة».

فلو شَهِدَا أَنَّهُ أَوْصَىٰ لِهَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ بِثُلُثِ مَالِهِ وَشَهِدَ الْمَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّهُ أَوْصَىٰ لِلشَّاهِدَيْنِ بِثُلُثِ مَالِهِ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ، وَكَذَا إِذَا شَهِدَ الْأَوَّلَانِ أَنَّ الْمَيِّتَ أَوْصَىٰ لِهَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ بِعَبْدٍ وَشَهِدَ الْمَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّهُ أَوْصَىٰ لِلْأَوَّلَيْنِ بِثُلُثِ مَالِهِ فَهِيَ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ مبنية[1] للشركة.

غاية البيان

قَوْلُهُ: (لِأَنَّ الشَّهَادَةَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ مُثْبِتَةٌ لِلشَّرِكَةِ)، وذلكَ لأَنَّهُمْ يشتركونَ في ثُلثِ العبدِ، واللهُ أعلمُ.

قالَ العبدُ الضعيفُ أبو حَنِيفَةَ أميرُ كاتبِ بنُ أميرِ عُمَرَ العَمِيدُ المدعُوُّ بِقَوَّامِ الفَارَابِيُّ الأَتْقَانِيُّ - غفرَ اللهُ لهُ ولوالدَيْهِ -: أحمدُ اللهَ حمْدًا كثيرًا طيِّبًا مباركًا علىٰ بلوغِي آخِرَ كتابِ الوَصَايَا مِنَ الشرحِ المسمَّىٰ بـ: «غايةِ البيانِ» يومَ الثلاثاءِ الثامنَ مِنْ ذِي القعدةِ مِنْ سَنَةِ سبعٍ وأربعينَ وسبعِ مئةٍ، وقدْ طالَتِ المدَّةُ في الشرحِ بسببِ العَلائِقِ والعَوَائِقِ ونَكَبَاتِ الزمانِ، وبَقِيتُ في عملِ الشرحِ سِتًّا وعشرينَ سَنَةً وسبعةَ أشهرٍ وثمانيةَ أيامٍ.

وكانَ افتتاحُ الشرحِ غُرَّةَ شهرِ ربيعِ الآخِرِ مِنْ سَنَةِ إِحْدَىٰ وعشرينَ وسبعِ مئةٍ، ولَمْ آلُ جهْدِي في بيانِ المنقولِ والمعقولِ، وحَلِّ اللفظِ وغيرِ ذلكَ، فليسَ الخبرُ كالمُعايَنةِ، وكلُّ ذلكَ مِنْ فَضْلِ اللهِ ﷻ، ذلكَ فَضْلُ اللهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يشاءُ، ومعَ هذا لا يخلُو كتابِي عنْ حاسدٍ أوْ مُعاندٍ مُكابِرٍ للحقِّ يَزْرِيهِ أوْ يُزْرِي[2] بِهِ.

فَإِنْ تَجِدْ عَيْبًا فَسُدَّ الْخَلَلَا ❊ جَلَّ مَنْ لَا عَيْبَ فِيهِ وَعَلَا

وما كانَ غَرَضِي مِنَ التطويلِ إلَّا إتمامُ الفائدةِ لطالبِي التحقيقِ، والحمدُ للهِ ربِّ العالمينَ، وصلواتُهُ علىٰ خيرِ البَرِيَّةِ محمَّدٍ وآلِهِ وصحابتِهِ أجمعينَ.

---

(١) في (ط): «مثبتة».

(٢) أمَّا يَزْرِيه: فهو مِن زَرَيْتُ عليه، إذا أنكرْتَ عليه أوْ عِبْتَ عليه فِعْله. وأمَّا يُزْرِي: فهو مِن أَزْرَيْتُ به، إذا قصَّرْتَ به وتنقَّصْتَه. ينظر: «تصحيح الفصيح وشرحه» لابن دُرُسْتَوَيْه [ص/١٧٢]. و«تاج العروس» للزَّبيدي [٣٨/٢١٦/ مادة: زرى].



كِتَابُ الخُنْثَى

فَصْلٌ
فِي بَيَانِهِ

قَالَ: وَإِذَا كَانَ لِلْمَوْلُودِ فَرْجٌ وَذَكَرٌ؛ فَهُوَ خُنْثَى، فَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنَ الذَّكَرِ؛ فَهُوَ غُلَامٌ، وَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنَ الفَرْجِ فَهُوَ أُنْثَى؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - سُئِلَ عَنْهُ كَيْفَ يُورَثُ؟ فَقَالَ: «مِنْ حَيْثُ يَبُولُ» وَعَنْ عَلِيٍّ - رضي الله عنه - مِثْلُهُ.

غاية البيان

كِتَابُ الخُنْثَى

أخَّرَ كتابَ الخُنثى لوقوعِهِ نادرًا؛ لأنَّ الأصلَ أنْ يكونَ لكلِّ شخصٍ آلةٌ واحدةٌ، إمَّا آلةُ الرَّجُلِ، وإمَّا آلةُ الأُنثى، واجتماعُ الآلتَيْنِ في شخصٍ واحدٍ في غايةِ النُّدرةِ، ولكنْ قدْ يقعُ ذلكَ، فيحتاجُ [٨/٣٤١ظ/م] إلى بيانِ حُكمِهِ، فلأجلِ هذا ذكرَهُ وأخَّرَهُ عنْ سائرِ الكتبِ؛ لنُدرتِهِ وقلّةِ الاحتياجِ إلى بيانِهِ.

فَصْلٌ
فِي بَيَانِهِ

أي: بيانِ الخُنثى.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا كَانَ لِلْمَوْلُودِ فَرْجٌ وَذَكَرٌ؛ فَهُوَ خُنْثَى، فَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنَ الذَّكَرِ؛ فَهُوَ غُلَامٌ، وَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنَ الفَرْجِ فَهُوَ أُنْثَى)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مُخْتَصَرِهِ». وتمامُهُ فيه: «وإنْ كانَ يبولُ منهُمَا والبولُ يَسْبِقُ مِنْ أحدِهِمَا نُسِبَ إلى الأسبقِ، فإنْ كانَا في السَّبْقِ سواءً؛ فلا مُعْتَبَرَ بالكثرةِ عندَ أبي حَنِيفَةَ، وقالَ أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: يُنْسَبُ إلى أكثرِهِمَا بولًا»(1). إلى هنا لفظُ القُدُورِيِّ رحمه الله.

اعلمْ: أنَّ اللهَ تعالى خلقَ ذُكورًا وإناثًا، كما قالَ تعالى: ﴿خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ

(1) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص/١٣٧].

وَلِأَنَّ الْبَوْلَ مِنْ أَيِّ عُضْوٍ كَانَ فَهُوَ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّهُ هُوَ الْعُضْوُ الْأَصْلِيُّ الصَّحِيحُ وَالْآخَرُ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ.

غاية البيان

وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً ﴾ [النساء: ١].

وقالَ تعالَى: ﴿ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ ﴾ [الشورى: ٤٩]. ثُمَّ بَيَّنَ حُكْمَ الذكورِ والإناثِ في كتابِهِ، ولمْ يُبَيِّنْ حُكْمَ شخصٍ لهُ آلةُ ذَكَرٍ، وآلةُ أُنثى.

فَعُلِمَ: أنَّ الشخصَ إمَّا أنْ يكونَ ذَكَرًا، وإمَّا أُنثى، ولا يكونُ الشخصُ الواحدُ ذَكَرًا وأُنثى جميعًا.

ثُمَّ قدْ يقعُ الاشتباهُ في أنَّهُ ذَكرٌ أوْ أُنثى بمعارضةِ الآلتَيْنِ إحداهُمَا بالأُخرَى إلى أنْ تترَجَّحَ إحداهُمَا بمُرَجِّحٍ؛ نحوِ خروجِ البولِ، فإنْ لمْ [٣/٥٦٦و] يتَرَجَّحْ بَقِيَ مُشْكِلًا، وقدْ يقَعُ الاشتباهُ بعدمِ آلةِ التمييزِ أصلًا؛ بأنْ يُولدَ وَلَدٌ ليسَ لهُ آلةُ الذَّكرِ، ولا آلةُ الأُنثى، وهذا أبلغُ وجْهَي الاشتباهِ؛ ولهذا بدأَ محمَّدٌ كتابَ الخُنثى به[1].

«ورَوَى الشَّعْبِيُّ: أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ مَوْلُودٍ وُلِدَ لَيْسَ بِذَكَرٍ وَلَا أُنْثَى، وَلَيْسَ لَهُ مَا لِلْأُنْثَى، وَلَيْسَ لَهُ مَا لِلذَّكَرِ يَخْرُجُ مِنْ سُرَّتِهِ كَهَيْئَةِ الْبَوْلِ الْغَلِيظِ، فَسُئِلَ عَنْ مِيرَاثِهِ، فَقَالَ عَامِرٌ[2]: «لَهُ نِصْفُ حَظِّ الْأُنْثَى، وَنِصْفُ حَظِّ الذَّكَرِ».

قالَ محمَّدٌ: «وهذا عندنَا والخُنثى المُشْكِلُ في أمْرِهِ سواءٌ»[3].

يريدُ بِهِ: إذا ماتَ قبلَ أنْ يُدْرِكَ، فيَتَبَيَّنُ حالُهُ بنباتِ اللحيةِ، أوْ بنباتِ الثدْيَيْنِ.

والأصلُ في اعتبارِ المَبالِ[4]: ما رَوَى محمَّدٌ في أولِ ....

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٩/٣٣٥/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) أي: الشَّعْبِيُّ .

(٣) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٩/٣٣٥/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٤) المَبالُ: اسم مكان مِن بال يبول، والمراد: موضع خروج البول من البدن. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٢٨/١٢٥/ مادة: بول]. و«معجم لغة الفقهاء» [ص/٣٩٩].

(وَإِنْ بَالَ مِنْهُمَا فَالْحُكْمِ لِلْأَسْبَقِ) لِأَنَّ ذَلِكَ دَلَالَةٌ أُخْرَىٰ عَلَى أَنَّهُ هُوَ الْعُضْوُ الْأَصْلِيُّ (وَإِنْ كَانَا فِي السَّبْقِ عَلَى السَّوَاءِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِالْكَثْرَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

كتاب الخُنثى[1]: عنْ أبي يوسفَ، عنِ الكَلْبِيِّ، عنْ أَبِي صَالِحٍ، عنِ ابْنِ عبَّاسٍ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ: أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ مَوْلُودٍ وُلِدَ فِي قَوْمٍ، لَهُ مَا لِلْمَرْأَةِ وَمَا لِلرَّجُلِ، كَيْفَ يُوَرَّثُ؟ فَقَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «مِنْ حَيْثُ يَبُولُ»[2]. [وهكذا رُوِيَ عن عَلِيٍّ[3] وجَابِرِ بنِ زَيْدٍ[4].

وعنْ قَتَادَةَ وعنْ سَعِيدِ بنِ الْمُسَيَّبِ: «أَنَّهُ يُوَرَّثُ مِنْ حَيْثُ يَبُولُ»[5]][6].

ولأنَّ ما يقعُ بِهِ الفصلُ بينَ الذَّكَرِ والأُنْثَى عندَ الولادةِ [الآلَةُ][7] في الآدَمِيِّ،

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٩/٣٢١/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) أخرجه: ابن عدي في «الكامل» [٣/٢٤٩]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» [٦/٤٢٨]، من طريق: الكَلْبِيِّ عن أَبِي صَالِحٍ، عن ابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ به نحوه.
قال البيهقي ـ عقبه ـ: «محمد بن السائب الكلبي لا يُحتج به».
وقال ابن الملقن: «إسناده ضعيف».
وقال ابن حجر: «الكلبي هو محمد بن السائب متروك الحديث، بل كذاب». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٢/٤٨٣]. و«التلخيص الحبير» لابن حجر [١/٣٤٤].

(٣) أخرجه: البيهقي في «السنن الكبرى» [٦/٤٢٧]، من طريق: عَبْدِ اللهِ بْنِ جَسْرٍ قَالَ: سَمِعْتُ ابْنَ مَعْقِلٍ وَأَشْيَاخَهُمْ يَذْكُرُونَ: أَنَّ عَلِيًّا ﷺ سُئِلَ عَنِ الْمَوْلُودِ لَا يُدْرَى أَرَجُلٌ أَمِ امْرَأَةٌ، فَقَالَ عَلِيٌّ ﷺ: «يُوَرَّثُ مِنْ حَيْثُ يَبُولُ».

(٤) أخرجه: البيهقي في «السنن الكبرى» [٦/٤٢٧]، من طريق: هَمَّام بْن يَحْيَى، عَنْ قَتَادَةَ قَالَ: «سُجِنَ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ زَمَنَ الْحَجَّاجِ، فَأَرْسَلُوا إِلَيْهِ يَسْأَلُونَهُ عَنِ الْخُنْثَى كَيْفَ يُوَرَّثُ؟ فَقَالَ: «تَسْجِنُونَنِي وَتَسْتَفْتُونَنِي، ثُمَّ قَالَ: انْظُرُوا مِنْ حَيْثُ يَبُولُ، فَوَرِّثُوهُ مِنْهُ».

(٥) أخرجه: البيهقي في «السنن الكبرى» [٦/٤٢٧]، عقب رواية: جَابِر بْن زَيْدٍ ﷺ، وفيه: قَالَ قَتَادَةُ: فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ قَالَ: «فَإِنْ بَالَ مِنْهُمَا جَمِيعًا». قُلْتُ: لَا أَدْرِي. فَقَالَ سَعِيدٌ: «يُوَرَّثُ مِنْ حَيْثُ يَسْبِقُ».

(٦) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٧) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

وَقَالَا: يُنْسَبُ(١) إِلَى أَكْثَرِهِمَا بَوْلًا) لِأَنَّهُ عَلَامَةُ قُوَّةِ ذَلِكَ الْعُضْوِ وَكَوْنِهِ عُضْوًا أَصْلِيًّا، وَلِأَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الْكُلِّ فِي أُصُولِ الشَّرْعِ فَيَتَرَجَّحُ بِالْكَثْرَةِ. وَلَهُ أَنَّ كَثْرَةَ

غاية البيان

وفي سائرِ الحيواناتِ، وعندَ انفصالِ الولدِ مِنَ الأُمِّ منفعةُ تلكَ الآلةِ [٨/٢٠٤م/ب] خروجُ البولِ منهَا، وما سوَى ذلكَ مِنَ المنافعِ يحدُثُ بعدَ ذلكَ.

فَعُلِمَ: أنَّ المنفعةَ الأصْليَّةَ للآلةِ مَبالٌ، فمِنْ أيِّهِمَا بالَ يُعْتَبرُ ذلكَ؛ لأنَّهُ المَجْرَى الأصْليُّ دونَ غيرِهِ، فإذا بالَ منهُمَا يُعْتَبرُ السَّبْقُ؛ لأنَّ السَّبْقَ مِنْ أسبابِ الترجيحِ، فدلَّ السَّبْقُ على أنَّهُ هو المَجْرَى الأصْليُّ، وخروجُهُ بعدَ ذلكَ مِنْ موضعٍ آخَرَ انصرافٌ عنِ المَجْرَى لعلةٍ أوْ عارضٍ، فلا يُلْتَفَتُ إليْهِ.

ولأنَّهُ كما خرَجَ مِنْ أحدِهِمَا حُكِمَ باعتبارِهِ فبَعْدَ ذلكَ لا يَتَغَيَّرُ ذلكَ الحُكْمُ بخروجِهِ مِنَ الموضعِ الآخَرِ، كرَجُلٍ أقامَ بَيِّنَةً على نكاحِ امرأةٍ، وقُضِيَ لهُ بها، ثُمَّ أقامَ الآخرُ البَيِّنَةَ لا يُلْتَفَتُ إلى البَيِّنَةِ الثانيةِ، وكذا لوِ ادَّعَى نَسَبَ مولودٍ، وأقامَ البَيِّنَةَ، وقُضِيَ لهُ بِهِ، ثُمَّ ادَّعاهُ آخرُ وأقامَ البَيِّنَةَ؛ لا يُلْتَفَتُ إلى ذلكَ.

وإنْ كانَ يبولُ منهُمَا جميعًا معًا: قالَ أبو حَنِيفَةَ: لا عِلْمَ لي بذلكَ، وقالَ أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: يُوَرَّثُ مِنْ أكثرِهِمَا بولًا. هكذا ذَكَرَ الحاكمُ والقُدُورِيُّ أيضًا.

وقالَ الطَّحَاوِيُّ في «مُخْتَصَرِهِ»: «وإنْ بالَ منهُمَا جميعًا معًا فإنَّ أبا يوسفَ قالَ: لا عِلْمَ لي بِهِ»(٢).

وقالَ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ في شرحِهِ لـ«مُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ»: «رُوِيَ عنْ أبي يوسفَ: أنَّهُ مِنْ أكثرِهِمَا بولًا يَرِثُ».

ثُمَّ قالَ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ: «وذَكَرَ محمَّدٌ في كتابِ الدَّعْوَى: أنَّهُ إذا بالَ منهُمَا

(١) في الأصل: «يثبت».

(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٥٥].

الخُرُوجِ لَيْسَ يَدُلُّ عَلَى الْقُوَّةِ، لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لِاتِّسَاعٍ فِي أَحَدِهِمَا وَضِيقٍ فِي الْآخَرِ، وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْهُمَا عَلَى السَّوَاءِ فَهُوَ مُشْكِلٌ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ لَا مُرَجِّحَ.

غاية البيان

قضيتُ بِهِ لأوَّلِ ما يبولُ منهُ، ولمْ يَذْكُرْ فيه خلافًا، ثُمَّ قالَ: فإنْ بالَ منهُمَا جميعًا لا يسبِقُ واحدٌ منهُمَا صاحبَهُ؛ قُضِيَ بِهِ للأكثرِ في قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ، وفي قولِ أبي حَنِيفَةَ: لا حُكْمَ للأكثرِ، فجعلَهُ مُشْكِلًا معَ كثرةِ أحدِ البولَيْنِ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ أبي بكرٍ الرَّازِيِّ ﷺ.

وَجْهُ اعتبارِ الكثرةِ: لأنَّ الكثرةَ دليلُ قوَّةِ ذلكَ المَجْرَىٰ، وكونِهِ عضوًا أصليًّا، فالظاهرُ أنَّ الَّذِي يخرجُ منهُ البولُ أكثرَ هو المَبَالُ، والحُكْمُ للمَبَالِ.

وأبو حَنِيفَةَ لمْ يعْتَبِرْ كثرةَ البولِ؛ لأنَّهُ قدْ يَقِلُّ ويكْثُرُ لأجْلِ ضِيقِ المَخْرجِ وسعتِهِ؛ لأنَّ مَخْرَجَ بولِ النساءِ أوسعُ [٣/٥٦٦ظ] مِنْ مَخْرجِ بوْلِ الرجالِ، فلمْ يكنْ فيهَا دلالةٌ علىٰ حالةٍ فِي الذُّكُورَةِ وَالأُنُوثَةِ.

وقالَ شمسُ الأئمةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرحِ الكافِي»: «إنَّ أبا حَنِيفَةَ استقبَحَ الترجيحَ بالكثرةِ علىٰ ما يُحْكَىٰ عنهُ: أنَّ أبا يوسفَ لَمَّا قالَ بينَ يديهِ: يُورَّثُ [مِنْ][2] أكثرِهِمَا بولًا، قالَ: يا أبا يوسفَ [٨/٣٤٢ظ/م]، هلْ رأيتَ قاضيًا يَكِيلُ البولَ بالأَوَاقِي؟ فقدِ استبْعَدَ ذلكَ لِمَا فيه مِنَ القُبحِ، وتوقَّفَ في الجوابِ؛ لأنَّهُ لا طريقَ للتميزِ بالرجوعِ إلىٰ المعقولِ، ولمْ يجدْ فيه نصًّا فتوَقَّفَ، وقالَ: لا أدرِي.

وهذا مِنْ علَاماتِ فِقْهِ الرَّجُلِ ووَرَعِهِ ألَّا يتخَبَّطَ في الجوابِ، علىٰ ما حُكِيَ: أنَّ ابنَ عُمَرَ ﷺ سُئِلَ عنْ مسألةٍ فقالَ: لَا أَدْرِي. ثُمَّ قَالَ: «بَخٍ بَخٍ لابنِ عُمَرَ، سُئِلَ عمَّا لَا يَدْرِي، فَقَالَ: لَا أَدْرِي»[3].

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٤/١٤٩].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) أخرجه: البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٤/١٣٨]، بنحوه في سياق قصة.

قَالَ: وإذا بلغ وخرجتْ لهُ لحيَةٌ، أوْ وصل إلىٰ النّساء؛ فهُو رَجُلٌ وَكَذَا إِذَا احْتَلَمَ كَمَا يَحْتَلِمُ الرَّجُلُ أَوْ كَانَ لَهُ ثَدْيٌ مُسْتَوٍ، لِأَنَّ هَذِهِ مِنْ عَلَامَاتِ الذُّكْرَانِ.

(وَلَوْ ظَهَرَ لَهُ ثَدْيٌ كَثَدْيِ الْمَرْأَةِ أَوْ نَزَلَ لَهُ لَبَنٌ فِي ثَدْيِهِ أَوْ حَاضَ أَوْ حَبِلَ أَوْ أَمْكَنَ الْوُصُولُ إِلَيْهِ مِنَ الْفَرْجِ فَهُوَ امْرَأَةٌ) لِأَنَّ هَذِهِ مِنْ عَلَامَاتِ النِّسَاءِ (وَإِنْ

غاية البيان

وكذلكَ أبو يوسفَ ومحمَّدٌ قالَا: إذا استَوَيَا في المقدارِ؛ لا عِلْمَ لنا بذلكَ، ولمْ يُنْقَلْ عنْ أحدٍ بعدَهُمْ أنَّهُ عَلِمَ ذلكَ ووَقَفَ فيه علىٰ دليلٍ ليكونَ قولُ أبي حَنِيفَةَ وأصحابِهِ: لا عِلْمَ لنا بِهِ؛ مُوجبًا نقْصًا فيهِمْ»[1].

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا بَلَغَ الْخُنْثَىٰ وَخَرَجَتْ لَهُ لِحْيَةٌ، أَوْ وَصَلَ إِلَىٰ النِّسَاءِ؛ فَهُوَ رَجُلٌ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مُخْتَصَرِهِ»[2].

يعنِي: أنَّ الإشكالَ إنَّمَا يكونُ في حالِ صِغَرِ الْخُنْثَىٰ، فإذا بلغَ؛ فلا بُدَّ مِنْ أنْ يَظْهَرَ فيه إحْدَىٰ العلامتيْنِ غالبًا، إمَّا علَامةُ الرَّجُلِ، وإمَّا علَامةُ الْأُنْثَىٰ، فإنْ جامَعَ بذَكَرِهِ، أوْ خرجَتْ لهُ لِحْيَةٌ، أوِ احتلَمَ كما يحتَلِمُ الرَّجُلُ؛ فهو رَجُلٌ، وقولُهُ في ذلكَ مقبولٌ؛ لأنَّهُ أمْرٌ في باطِنِهِ لا يعلمُهُ غيرُهُ، وقولُ الإنسانِ مقبولٌ فيما يُخْبِرُ عمَّا في باطِنِهِ بما لا يَعْلَمُ غيرُهُ.

وإنْ كانَ لهُ ثدْيانِ مثلُ ثَدْيِ المرأةِ، أوْ رأَىٰ حيْضًا كما ترَىٰ النساءُ، أوْ كانَ يُجامَعُ كما تُجامَعُ المرأةُ، أوْ ظهَرَ بِهِ حَبَلٌ، أوْ نزَلَ لهُ لبَنٌ في ثَدْيِهِ؛ فهو امرأةٌ؛ لأنَّ هذِهِ علاماتُ الفصلِ للبلوغِ، وبها يختصُّ أحدُ الصنفَيْنِ مِنَ الآخرِ[3]، وإنْ لمْ يَظْهَرْ

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسرخسيّ [١٠٤/٣٠].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٣٧].

(٣) وقع بالأصل: «بالآخر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

لَمْ يَظْهَرْ إِحْدَىٰ هَذِهِ الْعَلَامَاتِ فَهُوَ خُنْثَىٰ مُشْكِلٌ) وَكَذَا إِذَا تَعَارَضَتْ له هَذِهِ الْمَعَالِمُ[1].

غاية البيان

بعدَ البلوغِ شيءٌ مِنْ هذِهِ العلاماتِ، أوْ تعارَضَتِ العلَاماتُ، بأنْ يُوجَدَ منهُ علَامةُ الرَّجُلِ، وعلَامةُ المرأةِ جميعًا؛ فهو خُنثَى مُشْكِلٌ، وحُكْمُهُ بعدَ هذا الفصلِ.

(١) في الأصل: «العلائم».

فصــلٌ
في أحكامــه

[٢٩٩/هـ] الْأَصْلُ فِي الْخُنْثَى الْمُشْكِلِ أَنْ يُؤْخَذَ فِيهِ بِالْأَحْوَطِ وَالْأَوْثَقِ فِي أُمُورِ الدِّينِ، وَأَنْ لَا يَحْكُمَ بِثُبُوتِ حُكْمٍ وَقَعَ الشَّكُّ فِي ثُبُوتِهِ.

فإذا وقف خلف الإمام، قام بَيْنَ صف الرِّجالِ والنِّساء؛ لاحتمالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ فَلَا يَتَخَلَّلُ الرِّجَالَ كَيْ لَا يُفْسِدَ صَلَاتَهُمْ وَلَا النِّسَاءَ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ فَتَفْسُدُ صَلَاتُهُ.

غاية البيان

فصــلٌ
في أحكامــه

أيْ: أحكامِ الخُنثى المُشْكِلِ، وهو الَّذِي لمْ يظهرْ فيه أحدُ العلاماتِ، أوْ تعارضَتِ العلاماتُ، وتذكيرُ الضميرِ الراجعِ إلى الخُنثى؛ لتغليبِ الذَّكَرِ على الأُنثى؛ لأنَّ فيه جهةَ الذُّكُورَةِ وجهةَ الأُنوثَةِ، ألَا ترى أنَّهُ لوْ لمْ يكنْ حالُهُ كذلك لمْ يكنْ مُشْكِلًا، ولأنَّ التذكيرَ هو الأصلُ؛ لأنَّ حوَّاءَ خُلقَتْ مِنْ ضِلْعِ آدمَ. كذا قالُوا في تفسيرِ قولِهِ تعالى: ﴿خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ﴾ [النساء: ١].

ثُمَّ الأصلُ في حُكْمِ الخُنثى المُشْكِلِ: أنْ يُؤْخَذَ فيه بالاحتياطِ كما في المسائلِ المذكورةِ بعدَ هذا.

قَوْلُهُ: (قال: وإذا وقف خلف الإمام، قام بيْن صف [٨/٢٤٣و/م] الرِّجال والنِّساء)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مُخْتَصَرِه»[1].

قالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في «شرحِ الكافي»: «ويكونُ في الجماعةِ خلفَ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٣٧].

(فَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ النِّسَاءِ فَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعِيدَ صَلَاتَهُ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ (وَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ الرِّجَالِ فَصَلَاتُهُ تَامَّةٌ وَيُعِيدُ الَّذِي عَنْ يَمِينِهِ وَعَنْ يَسَارِهِ وَالَّذِي خَلْفَهُ بِحِذَائِهِ صَلَاتَهُمْ احْتِيَاطًا) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ.

صَفِّ الرجالِ، أمامَ صَفِّ النساءِ؛ لأنَّ تمامَ الاحتياطِ فيه، فإنَّهُ إنْ كانَ رَجُلًا: فوقوفُهُ في صَفِّ النساءِ يُفْسِدُ صلاتَهُ، وإنْ كانَ امرأةً: فوقوفُهَا في صَفِّ الرجالِ يُفْسِدُ صلاةَ مَنْ عنْ يمينِهَا وعنْ يسارِهَا، ومَنْ خَلْفَهَا مِنَ الرجالِ [٣/٥٦٧و] بحِذَائِهَا؛ لأنَّ المُرَاهِقَةَ في هذا كالبالِغةِ استحسانًا، فإذا وقَفَتْ خلْفَ صَفِّ الرجالِ، أمامَ صَفِّ[1] النساءِ؛ يُتَيَقَّنُ بجوازِ صلاتِهَا وصلاةِ جميعِ القومِ.

وإنْ وقَفَ في صَفِّ النساءِ؛ فأَحَبُّ إليَّ [أنْ][2] يُعِيدَ الصلاةَ ـ كذا قالَ محمَّدٌ في «الأصلِ»[3] ـ؛ وذلكَ لأنَّ سببَ وجوبِ الصلاةِ عليْهِ معلومٌ، والسقوطُ بهذا الأداءِ مُشْتَبَهٌ، والأخذُ بالاحتياطِ في بابِ العباداتِ واجبٌ، إلَّا أنَّهُ لمْ يَلْزَمْهُ الإعادةُ قطْعًا؛ لأنَّ المُسْقِطَ ـ وهو الأداءُ ـ معلومٌ، والمُفْسِدَ ـ وهو مُحَاذَاةُ المرأةِ الرَّجُلَ في صلاةٍ مُشترَكَةٍ ـ موهومٌ، فَلِلتَّوَهُّمِ أَحَبَّ لهُ أنْ يُعِيدَ الصلاةَ»[4].

قالَ[5]: «وإنْ قامَ في صفِّ الرجالِ فصلاتُهُ تامَّةٌ؛ لأنَّا نتيَقَّنُ بجوازِ صلاتِهِ ذكَرًا كانَ أوْ أُنثَى، ويُعِيدُ الَّذِي عنْ يمينِهِ وعنْ يسارِهِ والذي خلْفَهُ بحِذَائِهِ صلاتَهُمْ على طريقِ الاستحبابِ؛ لأنَّ مُحَاذَاةَ المرأةِ الرَّجُلَ في حقِّهِمْ موهومٌ، ومبنَى العباداتِ على الاحتياطِ، فيُسْتَحبُّ لهمْ أنْ يُعِيدُوا الصلاةَ لهذا»[6].

---

(١) وقع بالأصل: «أقام صف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٣) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٩/٣٢٤/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٤) ينظر: «المبسوط» للسَّرْخَسِيِّ [٣٠/١٠٧].
(٥) أي: السَّرْخَسِيُّ ﷺ.
(٦) ينظر: «المبسوط» للسَّرْخَسِيِّ [٣٠/١٠٧].

وَأَحَبُّ إِلَيْنَا أَنْ يُصَلِّيَ بِقِنَاعٍ ؛ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ امْرَأَةٌ وَيَجْلِسُ فِي صَلَاتِهِ جُلُوسَ الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ رَجُلًا فَقَدْ تَرَكَ سُنَّةً وَهُوَ جَائِزٌ فِي الْجُمْلَةِ ، وَإِنْ كَانَ امْرَأَةً فَقَدْ ارْتَكَبَ مَكْرُوهًا لِأَنَّ السَّتْرَ عَلَى النِّسَاءِ وَاجِبٌ مَا أَمْكَنَ وَإِنْ صَلَّى بِغَيْرِ قِنَاعٍ أَمَرْتُهُ أَنْ يُعِيدَ ؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ ، وَهُوَ عَلَى الاستحسان ، وَإِنْ لَمْ يُعِدْ جاز.

غاية البيان

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَأَحَبُّ إِلَيْنَا أَنْ يُصَلِّيَ بِقِنَاعٍ). ولفظُ (قَالَ) لم يقَعْ مَوْقِعَهُ ؛ لأنَّهُ إنَّمَا يقولُ بلفظِ «قالَ» إذا كانتِ المسألةُ مذكورةً في «البدايةِ» مُسْنَدًا للفعلِ: إمَّا إلى محمَّدٍ، وإمَّا إلى القُدُورِيِّ، وهذه لمْ تُذْكَرْ في «البدايةِ»، وإنَّما هيَ مِنْ مسائلِ «الأصلِ».

وقالَ في «الأصلِ»: «وأنْ يُصَلِّيَ بِقِنَاعٍ أَحبُّ إليَّ»[1] ؛ وذلكَ لأنَّهُ أقربُ إلى السَّتْرِ، ولأنَّهُ إنْ كانَ رَجُلًا فالتَّقَنُّعُ لا يَمْنَعُ جوازَ صلاتِهِ، وإنْ كانتْ أُنثى فإنَّها تُؤْمَرُ بِالتَّقَنُّعِ في صلاتِهَا إنْ كانَتْ مُراهِقةً، فعندَ الاشتباهِ يتَرَجَّحُ هذا الجانبُ. كذا في «شرحِ الكافِي»[2].

قولُهُ: (وَيَجْلِسُ فِي صَلَاتِهِ جُلُوسَ الْمَرْأَةِ)، وهذه مِنْ مسائلِ «الأصلِ» ذكَرَهَا على سبيلِ التفريعِ.

وفسَّرَ ذلكَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في «شرحِ الكافِي» بقولِهِ: «معناهُ: أنْ يُخْرِجَ رِجْلَيْهِ مِنْ جانبٍ، ويُفْضِيَ بأَلْيَتِهِ إلى الأرضِ ؛ لأنَّهُ أقربُ إلى السَّتْرِ، ولأنَّ الرَّجُلَ لا بأسَ بأنْ يجلسَ كذلكَ عندَ العُذْرِ، واشتباهُ الحالِ مِنْ أبيَنِ الأعذارِ»[3].

قَوْلُهُ [٨/٣٤٣ظ/م]: (وَإِنْ صَلَّى بِغَيْرِ قِنَاعٍ أَمَرْتُهُ أَنْ يُعِيدَ ؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ، وَهُوَ عَلَى الِاسْتِحْبَابِ، وَإِنْ لَمْ يُعِدْ أَجْزَأَهُ) ؛ وذلكَ لأنَّ فسادَ الصلاةِ بلا قِنَاعٍ

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٩/٣٢٤/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ينظر: «المبسوط» للسَّرْخَسِيِّ [٣٠/١٠٧].

(٣) ينظر: المصدر السابق.

وَتُبْتَاعُ لَهُ أَمَةٌ تَخْتِنُهُ[١] إنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ؛ لِأَنَّهُ يُبَاحُ لِمَمْلُوكَتِهِ النَّظَرُ إلَيْهِ رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً. وَيُكْرَهُ أَنْ يَخْتِنَهُ رَجُلٌ لِأَنَّهُ عَسَاهُ أُنْثَى أَوْ تَخْتِنُهُ امْرَأَةٌ لِأَنَّهُ لَعَلَّهُ رَجُلٌ فَكَانَ الِاحْتِيَاطُ فِيمَا قُلْنَا.

غاية البيان

موهومٌ، فَلِلتَّوَهُّمِ استَحَبَّ لهُ أنْ يُعِيدَ الصلاةَ، كما إذا وقفَ في صَفِّ النساءِ، وإنْ لَمْ يُعِدْ أجْزَأَهُ.

قالَ بعضُهُمْ: في هذِهِ المقامِ لا يُتصَوَّرُ بقاؤُه مُشْكلًا بعدَ البلوغِ.

قُلْتُ: هذا كلامٌ بلا فِكْرٍ ؛ لأنَّهُ بعدَ البلوغِ إذا لَمْ تَظْهَرْ إحْدَى العلاماتِ أوْ تعارضَتْ ؛ كانَ مُشْكِلًا، وبه صَرَّحَ القُدُورِيُّ وصاحبُ «الهدايةِ» قُبَيْلَ هذا الفصلِ.

قَوْلُهُ: (وَتُبْتَاعُ لَهُ أَمَةٌ تَخْتِنُهُ إنْ كَانَ لَهُ مَالٌ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مُخْتَصَرِهِ»، وتمامُهُ فيه: «فإنْ لَمْ يكنْ لهُ مالٌ ابتاعَ لهُ الإمامُ مِنْ بيتِ المالِ، فإذا خَتَنَتْهُ باعَها. يعني: باعَهَا وردَّ ثمنَها في بيتِ مالِ المسلمينَ»[٢]. وبه صَرَّحَ الطَّحَاوِيُّ في «مُخْتَصَرِهِ»[٣].

وعَلَّلَ صاحبُ «الهدايةِ» في وَجْهِ ابتياعِ الأَمَةِ بقولِهِ: (لِأَنَّهُ يُبَاحُ لِمَمْلُوكَتِهِ النَّظَرُ إلَيْهِ، رَجُلًا كَانَ أَوِ امْرَأَةً).

واعترضَ بعضُهُمْ في شَرْحِهِ وقالَ: «هذا صحيحٌ في حقِّ الرَّجُلِ، ولكنْ هو فاسدٌ في حقِّ المرأةِ [٣/٥٦٧ظ] ؛ لأنَّ الأَمَةَ لا يُبَاحُ لها النظرُ إلى مواضعِ العورةِ مِنْ سيدتِهَا».

يعنِي: أنَّ المرأةَ لا يَحِلُّ نظرُهَا إلى المرأةِ إلَّا إلى ما يجوزُ للرَّجُلِ أنْ يَنْظُرَ

---

(١) في الأصل: «يحيث».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٧].

(٣) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٥٥].

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ابْتَاعَ لَهُ الْإِمَامُ أَمَةً مِنْ بَيْتِ الْمَالِ) لِأَنَّهُ أُعِدَّ لِنَوَائِبِ الْمُسْلِمِينَ (فَإِذَا خَتَنَتْهُ بَاعَهَا وَرَدَّ ثَمَنَهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ) لِوُقُوعِ الِاسْتِغْنَاءِ عَنْهَا.

غاية البيان

إليْهِ مِنَ الرَّجُلِ، وفيه نَظَرٌ؛ لأنَّ ذلكَ في حالةِ الاختيارِ، لا في حالةِ العُذرِ؛ ولهذا إذا أصابَ المرأةَ قَرْحٌ أوْ جُرْحٌ في موضعٍ لا يَحِلُّ للرَّجُلِ النظرُ إليْهِ؛ تُداويهِ المرأةُ، وكذا نظَرُ القَابِلَةِ إلىٰ فَرْجِ المرأةِ وَقْتَ الولادةِ يَحِلُّ، وكذا نظَرُ المرأةِ إلىٰ فَرْجِ المرأةِ لمعرفةِ بَكارتِهَا في امرأةِ العِنِّينِ يَحِلُّ.

وكذا إذا اشْتَرَىٰ أَمَةً علىٰ أنها بِكْرٌ فقبَضَهَا، فقالَ: وجدْتُها ثَيِّبًا، يَنْظُرُ إليهَا النساءُ. ذكَرها الكَرْخِيُّ في «مُخْتَصَرِهِ» في كتابِ الحَظْرِ والإباحةِ.

فإذَا جازَ [النظرُ][1] بالعُذرِ: فإقامةُ البَيِّنَةِ أيضًا عُذْرٌ، جازَ لها أنْ تَنْظُرَ إلىٰ فَرْجِهَا.

وقالَ شمسُ الأئمةِ [السَّرْخَسِيُّ][2] في «شرحِ الكافِي»: «ويُكْرَهُ أنْ يَخْتِنَهُ رَجُلٌ أوِ امرأةٌ حتَّىٰ يَبْلُغَ ويَسْتَبِينَ أمْرُهُ؛ لأنَّ المُراهِقَ بمنزلةِ البالغِ في وجوبِ سَتْرِ عورتِهِ، ونظرُ الجنسِ إلىٰ خلافِ الجنسِ لا يباحُ في حالةِ الاختيارِ، فسواءٌ خَتَنَهُ رَجُلٌ أوِ امرأةٌ يُتَوَهَّمُ نظَرُ خلافِ الجنسِ، ولكنْ يُشْتَرَىٰ لهُ جاريةٌ عالِمةٌ بذلكَ لِتَخْتِنَهُ؛ لأنَّهُ يمْلِكُهَا بالشراءِ حقيقةً، فإنْ كانَ الخُنْثَىٰ امرأةً؛ فهذا نظَرُ الجنسِ إلىٰ الجنسِ، وإنْ كانَ هذا رَجُلًا فهذا نظَرُ المملوكةِ إلىٰ مالكِهَا»[3].

قالَ الحاكمُ [٨/٣٤٤و/م] **الشهيدُ:** «قالَ محمَّدٌ: وإنْ كانَ مُعْسِرًا اشترَىٰ لهُ الإمامُ جاريةً بمالِ بيتِ المالِ فتَخْتِنَهُ، ثُمَّ باعَهَا وجعَلَ ثمنَهَا في بيتِ المالِ»[4].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) ينظر: «المبسوط» للسَّرْخَسِيِّ [١١٠/٣٠].

(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٨٩].

وَيُكْرَهُ لَهُ فِي حَيَاتِهِ لُبْسُ الْحَرِيرِ وَالْحُلِيِّ، ....

قالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في «شرحِ الكافي»: «وأبو حَنِيفَةَ وأبو يوسفَ لا يُخالفانِ محمَّدًا في هذا، ولكنَّهُ خصَّ قولَهُ؛ لأنَّهُ لمْ يَحْفَظْ جوابَهُمَا، ثُمَّ مالُ بيتِ المالِ مُعَدٌّ لمَصالِحِ المسلمينَ، وفي ذلكَ مصلحةٌ ولا ضررَ على بيتِ المالِ فيه، فكانَ للإمامِ أنْ يُحَصِّلَ ذلكَ بمالِ بيتِ المالِ»[1].

وقالَ أبو جعفرٍ الطَّحَاوِيُّ في «مُخْتَصَرِهِ»: «وسمعْتُ ابنَ أبي عِمرانَ يقولُ: القياسُ عندي في الخُنْثَىٰ إذا احتاجَ إلىٰ الخِتَانِ أنْ يُزَوِّجَهُ الإمامُ امرأةً، فإنْ كانَ ذكرًا كانتْ زوْجَتَهُ وَخَتَنَتْهُ، وإنْ كانَ أُنْثَىٰ كانَ مباحًا لها ذلكَ»[2].

قالَ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ في شرْحِهِ لـ«مُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ»: «ما حكاهُ أبو جعفرٍ عنْ أصحابِنَا هو أصحُّ مِنْ ذلكَ ـ أيْ: أصحُّ مِمَّا ذكَرَهُ ابنُ أبي عِمرانَ ـ. قالَ: لأنَّا إذا زَوَّجْناهُ كانَ عَقْدُ النِّكَاحِ مشكوكًا فيه، فإنْ صحَّ صارَتِ المرأةُ مُعلَّقةً لا يُمْكنُهَا الخلاصُ منه، ولا يُتيَقَّنُ أيضًا وجوبُ المَهْرِ بالعقدِ، ولا وجوبُ المِيرَاثِ إنْ ماتَ وهو مُشْكِلٌ، ولا يُدْرَىٰ هلْ يَلْزَمُهُ نفقتُهُ أمْ لا.

وإذا اشْتُرِيَ لهُ جاريةٌ، فإذا خَتَنَتْهُ بِعْناهَا، وبَقِيَ ثمنُهَا في مِلْكِهِ، وإنْ كانتِ اشْتُرِيَتْ مِنْ بيتِ المالِ بِعْناهَا أيضًا، ورَدَدْنَا الثمنَ في بيتِ المالِ، فنكونُ قدْ قُمْنا بما يجبُ مِنْ سُنَّةِ الخِتَانِ مِنْ غيرِ إضرارٍ بأحدٍ»[3].

قَوْلُهُ: (وَيُكْرَهُ لَهُ فِي حَيَاتِهِ لُبْسُ الْحُلِيِّ وَالْحَرِيرِ). ذكرهُ علىٰ سبيلِ التفريعِ، وهيَ مِنْ مسائلِ «الأصلِ».

قالَ الحاكمُ في «مُخْتَصَرِ الكافي»: «وأكرهُ لهُ في حياتِهِ لُبْسَ الحُلِيِّ والحريرِ؛

---

(١) ينظر: المصدر السابق.
(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٥٦].
(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٤/١٥٢].

وَأَنْ يَتَكَشَّفَ قُدَّامَ الرِّجَالِ أَوْ قُدَّامَ النِّسَاءِ. ....

وذلكَ لأنَّ النبيَّ ﷺ أخذَ الذهبَ بيمينِهِ، والحريرَ بشمالِهِ وقالَ: «**هَذَا حَرَامَانِ عَلَىٰ ذُكُورِ أُمَّتِي، حِلٌّ عَلَىٰ إِنَاثِهَا**»(١)(٢).

فإنَّما أباحَ اللُّبْسَ بشَرْطِ أُنوثةِ [٣/٥٦٨و] اللابِسِ، وهذا الشرطُ غيرُ معلومٍ في الخُنْثَىٰ، ثُمَّ ما يتردَّدُ بينَ الحَظْرِ والإباحةِ يتَرجَّحُ معنَىٰ الحظْرِ فيهِ؛ لقولِهِ ﷺ: «**الحَلالُ بَيِّنٌ، وَالحَرَامُ بَيِّنٌ، وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ**»(٣). فدَعْ ما يَرِيبُكَ إلىٰ ما لا يَرِيبُكَ، وترْكُ لُبْسِ الحريرِ: ما لا يَرِيبُهُ، ولُبْسُهُ يَرِيبُهُ.

يُوضِّحُهُ: أنَّ الاجتنابَ عنِ الحرامِ فرْضٌ، والإقدامَ علىٰ المباحِ ليسَ بفَرْضٍ، فكانَ الاحتياطُ في تَرْكِ لُبْسِ الحريرِ؛ لئَلَّا يكونَ مُوافقًا للحرامِ إنْ كانَ رَجُلًا». كذا في «شرحِ الكافي».

قَوْلُهُ: (وَأَنْ يَتَكَشَّفَ قُدَّامَ الرِّجَالِ أَوْ قُدَّامَ النِّسَاءِ)، ذكَرهَا علىٰ سبيلِ التفريعِ أيضًا.

قالَ الحاكمُ الشهيدُ في «الكافِي»: «وأكرَهُ لهُ أنْ يَتَكَشَّفَ قُدَّامَ [٨/٣٤٤ظ/م] الرجالِ وقُدَّامَ النساءِ، إذا كانَ قدْ راهَقَ حتَّىٰ يَسْتَبِينَ أمْرُهُ؛ وذلكَ لتوَهُّمِ أنْ يكونَ امرأةً، والمرأةُ عورةٌ مسْتورةٌ»(٤).

قالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في «شرحِ الكافي»: «وهذهِ المسألةُ تدلُّ علىٰ أنَّ نظرَ المرأةِ إلىٰ المرأةِ، كنَظَرِ الرَّجُلِ إلىٰ ذواتِ مَحارِمِهِ، لا كنَظَرِ الرَّجُلِ إلىٰ الرَّجُلِ؛ لأنَّهُ لوْ كانَ كنَظَرِ الرَّجُلِ إلىٰ الرَّجُلِ؛ لجازَ للخُنْثَىٰ التكشُّفُ بينَ النساءِ،

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٨٩].

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٨٩].

وَأَنْ يَخْلُوَ بِهِ غَيْرُ مَحْرَمٍ مِنْ رَجُلٍ أَوِ امْرَأَةٍ، وَأَنْ يُسَافِرَ مِنْ غَيْرِ مَحْرَمٍ مِنَ الرِّجَالِ

وإنَّه ليسَ المرادُ مِنَ التكشُّفِ إبداءَ مَوْضعِ العورةِ؛ لأنَّ ذلكَ لا يَحِلُّ لغيرِ الخُنثى أيضًا، ولكنَّ المرادَ أنْ يكونَ في إزارٍ واحدٍ»[1]. وفي هذا الفصلِ روايتانِ مَرَّ بيانُهُمَا في كتابِ الكراهيةِ.

قَوْلُهُ: (وَأَنْ يَخْلُوَ بِهِ غَيْرُ مَحْرَمٍ مِنْ رَجُلٍ أَوِ امْرَأَةٍ). ذكرَهَا على سبيلِ التفريعِ أيضًا.

قالَ الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «وأَكْرَهُ أنْ يَخْلُوَ بِهِ مَنْ ليسَ بمَحْرَمٍ لهُ مِنْ رَجُلٍ أوِ امرأةٍ؛ وذلكَ لقولِهِ ﷺ: «أَلَا لَا يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ لَيْسَ مِنْهَا بِسَبِيلٍ؛ فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ»[2][3].

فإذا خلا الخُنثى برَجُلٍ فَمِنَ الجائزِ أنَّهُ امرأةٌ، فيكونُ هذا رَجُلٌ بامرأةٍ أجنبيَّةٍ، وإذا خلا بامرأةٍ؛ فمِنَ الجائزِ أنَّهُ ذكَرٌ خلا بأجنبيَّةٍ، والمُراهِقةُ في المنعِ مِنْ هذِهِ الخلْوةِ كالبالِغَةِ؛ لأنَّ المنعَ لخوْفِ الفتنةِ.

وكذلكَ يُكْرَهُ أنْ تُسافِرَ معهُ امرأةٌ مَحْرَمًا كانتْ أوْ غيرَ مَحْرَمٍ؛ لأنَّ مِنَ الجائزِ أنَّ الخُنثى أُنثى، فيكونُ هذا مُسافَرَةَ امرأتَيْنِ بغيرِ مَحْرَمٍ لهما، وذلكَ حرامٌ، ويُكْرَهُ أنْ يُسافِرَ الخُنثى إلَّا معَ مَحْرَمٍ مِنَ الرجالِ ثلاثةَ أيَّامٍ فصاعدًا؛ لأنَّهُ مِنَ الجائزِ أنَّهُ

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [١٠٨/٣٠].

(٢) أخرجه: الترمذي في كتاب الفتن عن رسول الله ﷺ/باب ما جاء في لزوم الجماعة [رقم/٢١٦٥]، وأحمد في «المسند» [٢٦/١]، والطيالسي في «مسنده» [رقم/٣١]، والحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [١٩٧/١]، وابن حبان في «صحيحه» [رقم/٥٥٨٦]، من حديث عُمَر ﷺ به.
قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح غريب». وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين». وقال ابن كثير: «حديثٌ مشهورٌ جيِّدٌ». ينظر: «إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه» لابن كثير [١١٢/٣].

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٨٩].

تَوَقِّيًا عَنْ احْتِمَالِ الْمَحْرَمِ وَإِنْ أَحْرَمَ وَقَدْ رَاهَقَ ؛ قَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا عِلْمَ لِي فِي لِبَاسِهِ ؛ لِأَنَّهُ إنْ كَانَ ذَكَرًا يُكْرَهُ لَهُ لُبْسُ الْمخِيطِ ، وَإِنْ كَانَ أُنْثَىٰ يُكْرَهُ لَهُ تَرْكُهُ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَلْبَسُ لِبَاسَ الْمَرْأَةِ) لِأَنَّ تَرْكَ لُبْسِ الْمخِيطِ وَهُوَ امْرَأَةٌ أَفْحَشُ مِنْ لُبْسِهِ وَهُوَ رَجُلٌ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْلُغْ .

غاية البيان

أُنثَىٰ» . كذا في «شرحِ الكافِي»[1] .

قَوْلُهُ: (وَإِنْ أَحْرَمَ وَقَدْ رَاهَقَ ؛ قَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا عِلْمَ لِي فِي لِبَاسِهِ) . وقدْ ذَكَرَهَا علىٰ سبيلِ التفريعِ ، وهيَ مِنْ مسائلِ «الأصلِ» .

وعَلَّلَ شمسُ الأئمةِ السَّرَخَسِيُّ في «شرحِ الكافي» فقالَ: «لأنَّ الرَّجُلَ في إحرامِهِ يَحْرُمُ [عليه][2] لُبْسُ المَخِيطِ ، والمرأةَ في إحرامِهَا يَلْزَمُهَا لُبْسُ المَخِيطِ ، ويَحْرُمُ عليهَا الاكتفاءُ بلُبْسِ الإزارِ والرداءِ ، فلَمَّا استوَىٰ الجانبانِ لا يُمْكِنُ ترجيحُ أحدِهِمَا بغيرِ حُجَّةٍ ، فتوَقَّفَ فيه ، وقالَ: لا عِلْمَ لي بلِباسِهِ . وقالَ محمَّدٌ: يَلْبَسُ لِباسَ المرأةِ ؛ لأنَّهُ أقربُ إلىٰ السِّتْرِ ومَبْنَىٰ حالِهِ علىٰ السِّتْرِ ، كما في غيرِ حالةِ الإحرامِ .

ولأنَّ لُبْسَ المَخِيطِ للرَّجُلِ في إحرامِهِ جائزٌ عندَ العُذْرِ ، واشتباهُ أمْرِهِ مِنْ أبلَغِ الأعذارِ ، ولا شيءَ عليْهِ في ذلكَ ؛ لأنَّهُ لمْ يَبْلُغْ ، وكفارةُ الإحرامِ بارتكابِ المَحْظورِ لا يجبُ علىٰ غيرِ البالغِ عندنَا»[3] .

قُلْتُ: ينبغِي أنْ يجبَ عليْهِ الدمُ ، إذا كانَ الإشكالُ باقيًا بعدَ البلوغِ علىٰ إشارةِ هذا التعليلِ ، كما إذا تعارضَتِ [٣/٥٦٨ظ] العَلاماتُ [٨/٣٤٥و/م] ، أوْ لَمْ يَظْهَرْ شيءٌ منهَا أصلًا .

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخَسِيِّ [٣٠/١٠٩] .

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«فا٢» ، و«غ» ، و«ر» . وهو الموافق لِمَا وقَع في: «المبسوط» للسَّرَخَسِيِّ .

(٣) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخَسِيِّ [٣٠/١٠٦] .

وَمَنْ حَلَفَ بِطَلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ: إِنْ كَانَ أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ غُلَامًا، فَوَلَدَتْ خُنْثَىٰ؛ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ حَتَّىٰ يَسْتَبِينَ أَمْرُ الْخُنْثَىٰ لِأَنَّ الْحَنَثَ لَا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ.

وَلَوْ قَالَ: كُلُّ عَبْدٍ لِي حُرٌّ، أَوْ قَالَ: كُلُّ أَمَةٍ لِي حُرَّةٌ، وَلَهُ مَمْلُوكٌ خُنْثَىٰ؛ لَمْ يَعْتِقْ حَتَّىٰ يَسْتَبِينَ أَمْرُهُ؛ لِمَا قُلْنَا.

وَإِنْ قَالَ الْقَوْلَيْنِ جَمِيعًا عَتَقَ لِلتَّيَقُّنِ بِأَحَدِ الْوَصْفَيْنِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُهْمَلٍ.

غاية البيان

قَوْلُهُ: (وَمَنْ حَلَفَ بِطَلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ: إِنْ كَانَ أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ غُلَامًا، فَوَلَدَتْ خُنْثَىٰ؛ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ حَتَّىٰ يَسْتَبِينَ أَمْرُ الْخُنْثَىٰ). ذكَرهَا علىٰ سبيلِ التفريعِ أيضًا.

قالَ الحاكمُ الشهيدُ في «الكافِي»: «ولوْ قالَ: إنْ كانَ أوَّلُ ولدٍ تَلِدِينَهُ غُلامًا؛ فأنتِ طالقٌ، أوْ قالَ لأَمَتِهِ: إنْ كانَ أوَّلُ ولدٍ تَلِدِينَهُ جاريةً؛ فأنتِ حُرَّةٌ، فولدَتِ المرأةُ أوِ الأَمَةُ هذا الخُنثَىٰ المُشْكِلَ؛ لَمْ يقعِ الطَّلَاقُ ولا العَتَاقُ حتَّىٰ يتَبَيَّنَ أَمْرُهُ؛ وذلكَ لأنَّ المُعلَّقَ بالشرطِ لا يَنْزِلُ ما لمْ يوجَدِ الشرطُ حقيقةً، ومعَ الإشكالِ لا يُتَيَقَّنُ بوجودِ الشرطِ، فهذا نظيرُ ما لوْ قالَ: إنْ لمْ أَدْخُلْ دارَ فلانٍ فعبْدُه حُرٌّ، ثُمَّ ماتَ ولمْ يعْلَمْ أَدَخَلَ أوْ لمْ يَدْخُلْ؛ لا يُحْكَمُ بوقوعِ العِتْقِ لهذا المَعْنَىٰ، فكذلكَ هاهنا»[1].

قَوْلُهُ: (وَلَوْ قَالَ: كُلُّ عَبْدٍ لِي حُرٌّ، أَوْ قَالَ: كُلُّ أَمَةٍ لِي حُرَّةٌ، وَلَهُ مَمْلُوكٌ خُنْثَىٰ؛ لَمْ يَعْتِقْ حَتَّىٰ يَسْتَبِينَ أَمْرُهُ؛ لِمَا قُلْنَا)، أيْ: لأنَّ الحِنْثَ لا يَثْبُتُ بالشكِّ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ قَالَ الْقَوْلَيْنِ جَمِيعًا عَتَقَ)، يعني: إذا قالَ: كلُّ عبْدٍ لي حُرٌّ، وكلُّ أَمَةٍ لي حُرَّةٌ؛ يَعْتِقُ المملوكُ الخُنثَىٰ؛ لأنَّهُ إمَّا أنْ يكونَ ذَكَرًا في الواقعِ أوْ أُنْثَىٰ، فأيًّا ما كانَ يَعْتِقُ بأحدِ اليَمِينَيْنِ، وكذلكَ لوْ قالَ: إنْ ملكْتُ عبدًا فامرأتُهُ طالِقٌ، فاشتَرَىٰ خُنثَىٰ لمْ تَطْلُقْ، وكذلكَ لوْ قالَ: إنْ ملكْتُ أَمَةً، وإنْ قالَ القولَيْنِ جميعًا؛

---

(1) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٨٩].

وَإِنْ قَالَ: الْخُنْثَىٰ أَنَا رَجُلٌ، أَوْ قَالَ: أَنَا امْرَأَةٌ؛ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِذَا كَانَ مُشْكِلًا؛ لأنه دعوىٰ يُخَالِفُ قَضِيَّةَ الدَّلِيلِ.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُشْكِلًا يَنْبَغِي أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ؛ لأنه أَعْلَمُ بِحَالِهِ مِنْ غَيْرِهِ.

وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يتبين أَمْرُهُ؛ لَمْ يُغَسِّلْهُ رَجُلٌ وَلَا امْرَأَةٌ لِأَنَّ حَلَّ الْغُسْلِ

غاية البيان

طَلُقَتْ بشراءِ الخُنثَىٰ للتيَقُّنِ بوجودِ الشرطِ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ قَالَ: الْخُنْثَىٰ أَنَا رَجُلٌ، أَوْ قَالَ: أَنَا امْرَأَةٌ؛ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِذَا كَانَ مُشْكِلًا). ذكَرَها علىٰ سبيلِ التفريعِ أيضًا.

قالَ الحاكمُ الشهيدُ في «الكافِي»: «فإنْ قالَ الخُنْثَىٰ: أنا رَجُلٌ، أوْ قالَ: أنا امرأةٌ؛ لمْ يُقْبَلْ قولُهُ إذا كانَ قدْ عُلِمَ أنَّهُ مُشْكِلٌ؛ وذلكَ لأنَّهُ مجازِفٌ فيما يُخْبِرُ عنْ نفسِهِ، فإنَّهُ لا يَعْلَمُ مِنْ ذلكَ إلَّا ما يَعْلَمُ غيرُهُ»[1]. كذا في «شرْحِ الكافِي».

قَوْلُهُ: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُشْكِلًا يَنْبَغِي أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِحَالِهِ مِنْ غَيْرِهِ).

وفي هذا التعليلِ نَظَرٌ؛ لأنَّهُ إنَّمَا لا يكونُ مُشْكِلًا إذا ظهرَتْ فيهِ إحْدَىٰ العلاماتِ، فبَعْدَ ظهورِهَا يُحْكَمُ بأنَّهُ ذَكَرٌ أوْ أُنْثَىٰ، فلا حاجةَ إلىٰ قولِهِ بعدَ ذلكَ.

قولُهُ: (وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَبِينَ أَمْرُهُ؛ لَمْ يُغَسِّلْهُ رَجُلٌ وَلَا [٨/٣٤٥ظ/م] امْرَأَةٌ). ذكَرَهَا علىٰ سبيلِ التفريعِ أيضًا.

قالَ الحاكمُ الشهيدُ في «الكافِي»: «وإنْ ماتَ قبلَ أنْ يستبينَ أمْرُهُ، وقدْ راهَقَ، لمْ يُغَسِّلْهُ رَجُلٌ ولا امرأةٌ، ولكنَّهُ يُيَمَّمُ بِالصَّعِيدِ»[2].

وذلكَ لأنَّ الأصلَ أنَّ النظرَ إلىٰ العورةِ حرامٌ، وبالموتِ لا تَنْكَشِفُ هذِهِ

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٨٩].
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٨٩].

غيْرُ ثَابِتٍ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ (فَيَتَوَقَّى لِاحْتِمَالِ الْحُرْمَةِ وَيُيَمَّمُ بِالصَّعِيدِ) لِتَعَذُّرِ الْغُسْلِ (وَلَا يَحْضُرُ إِنْ كَانَ [٣٠٠/و] مُرَاهِقًا غُسْلَ رَجُلٍ وَلَا امْرَأَةٍ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ

غاية البيان

الحُرمةُ إلَّا أنَّ نظَرَ الجنسِ إلى الجنسِ أخفُّ، فلأجْلِ الضَّرورةِ أُبيحَ النظرُ للجنسِ مِنَ الجنسِ عندَ الغُسْلِ، والمُراهِقُ كالبالغِ في وجوبِ سَتْرِ عورتِهِ، فإذا كانَ مُشكِلًا لا يُوجَدُ لهُ جنسٌ، أوْ لا يُعْرَفُ جنسُهُ أنَّهُ مِنْ جنسِ الرجالِ أوْ مِنْ جنسِ النساءِ، تعَذَّرَ غَسْلُهُ لانعدامِ مَنْ يَغسِلُهُ، فصارَ بمنزلةِ مَنْ تَعَذَّرَ غسْلُهُ لانعدامِ ما يُغْسَلُ بِهِ، فيُيَمَّمُ بِالصَّعِيدِ، وهو نظيرُ امرأةٍ تموتُ بينَ الرجالِ ليسَ معهمُ امرأةٌ [٥٦٩/٣و]؛ فإنَّها تُيَمَّمُ بِالصَّعِيدِ.

ثُمَّ إنْ كانَ المُيَمِّمُ أجنبيًّا يَمَّمَها معَ الخِرْقةِ، وإنْ كانَ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منها يَمَّمَها بغيرِ الخِرْقةِ، وكذلكَ إنْ ماتَ رَجُلٌ بينَ نساءٍ ليسَ معهُنَّ رَجُلٌ؛ فإنَّ النساءَ يُيَمِّمْنَهُ بِالصَّعِيدِ مِنْ غيرِ خِرْقةٍ إنْ كُنَّ ذاتِ رَحِمٍ مَحْرَمٍ منهُ، وبخِرْقةٍ إنْ كُنَّ أجانبَ منه، فهذا مِثْلُهُ.

فإنْ كانَ [مَنْ يَمَّمَهُ][(١)] مِنَ النساءِ يَمَّمْنَهُ بغيرِ خِرْقةٍ، وكذلكَ إنْ كانَ رَجُلًا ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منهُ، وإنْ كانَ أجنبيًّا عنهُ يَمَّمَهُ بخِرْقةٍ، ولا بأسَ بأنْ يَنْظُرَ إلى وجهِهِ، ويُعْرِضَ وَجْهَهُ عنْ ذراعَيْهِ؛ لجوازِ أنْ يكونَ امرأةً، وفي هذا أخذٌ بالاحتياطِ فيما بُنِيَ أمْرُهُ على الاحتياطِ، وهو المَسُّ والنظرُ إلى المرأةِ. كذا ذَكَرَ شمسُ الأئمةِ [السَّرَخْسِيُّ][(١)] في «شرحِ الكافي»[(٢)].

ولا يُقالُ: كيفَ لا تُشْتَرَى لهُ جاريةٌ تَغْسِلُهُ، كما تُشْتَرَى لهُ جاريةٌ خَتَّانَةٌ؟

لأنَّا نقولُ: لا فائدةَ في شراءِ الجاريةِ بعدَ الموتِ؛ لأنَّها لا تَدْخُلُ في مِلْكِهِ؛

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [١٠٥/٣٠].

ذَكَرٌ أَوْ أُنْثَىٰ وَإِنْ سُجِّيَ قَبْرُهُ فَهُوَ أَحَبُّ إلي ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ أُنْثَىٰ يُقِيمُ وَاجِبًا ، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَالتَّسْجِيَةُ لَا تَضُرُّهُ.

فَإِذَا مَاتَ فَصُلِّيَ عَلَيْهِ وَعَلَىٰ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ ؛ وُضِعَ الرَّجُلُ مِمَّا يَلِي الْإِمَامَ ، وَالْخُنْثَىٰ خَلْفَهُ ، وَالْمَرْأَةُ خَلْفَ الْخُنْثَىٰ فَيُؤَخَّرُ عَنْ الرَّجُلِ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ وَيُقَدَّمُ عَلَىٰ الْمَرْأَةِ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ.

وَلَوْ دُفِنَ مَعَ رَجُلٍ فِي قَبْرٍ وَاحِدٍ مِنْ عُذْرٍ ؛ جُعِلَ الْخُنْثَىٰ خَلْفَ الرَّجُلِ

لأنَّ الموتَ يُنَافِي المالكيَّةَ ، فتبقَىٰ الجاريةُ [المُشْتراةُ][1] أجنبيةً عنهُ ، بخلافِ الجاريةِ المُشْتراةِ في حالةِ الحياةِ ؛ لأنَّهَا تَدْخُلُ في مِلْكِهِ ، فحَصَلَ الفَرْقُ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ سُجِّيَ قَبْرُهُ فَهُوَ أَحَبُّ).

قالَ الحاكمُ الشهيدُ في «الكافِي»: وإنْ سُجِّيَ قَبْرُهُ ؛ فهو أحبُّ إلَيَّ ؛ وذلكَ لأنَّ فيهِ نوعَ احتياطٍ ، ويَحْتَمِلُ أنَّهُ امرأةٌ ، ومبنَىٰ حالِهَا علىٰ السَّتْرِ ، ولا بأسَ بأنْ يُسَجَّىٰ قبْرُ الرَّجُلِ عندَ العُذرِ ، كالحرِّ والبردِ والمَطرِ ، واشتباهُ حالِهِ في العُذرِ أبلَغُ مِنْ ذلكَ»[2]. كذا في «شرحِ الكافِي»[3].

قَوْلُهُ: (وَإِذَا مَاتَ فَصُلِّيَ عَلَيْهِ وَعَلَىٰ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ ؛ وُضِعَ الرَّجُلُ مِمَّا يَلِي الْإِمَامَ ، وَالْخُنْثَىٰ خَلْفَهُ ، وَالْمَرْأَةُ خَلْفَ الْخُنْثَىٰ). ذكَرَهَا تفريعًا [٨/٣٤٦و/م] أيضًا ، وإنَّما يُفْعَلُ كذلكَ اعتبارًا بحالةِ الحياةِ ؛ لأنَّهُ يقومُ في الصلاةِ بينَ صَفِّ الرجالِ والنساءِ ، فكذلكَ في المماتِ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ دُفِنَ مَعَ رَجُلٍ فِي قَبْرٍ وَاحِدٍ مِنْ عُذْرٍ ؛ جُعِلَ الْخُنْثَىٰ خَلْفَ الرَّجُلِ).

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«فا٢» ، و«غ» ، و«ر».

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٨٩].

(٣) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخسِيِّ [١٠٥/٣٠].

لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ وَيُجْعَلُ بَيْنهمَا حَاجِزٌ مِنْ صَعِيدٍ، وَإِنْ كَانَ مَعَ امْرَأَةٍ قُدِّمَ

ذكرها تفريعًا أيضًا.

قالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في «شرحِ الكافِي»: «فإنْ دُفِنُوا في قبْرٍ واحدٍ مِنْ عُذْرٍ؛ فلا بأسَ بذلكَ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ أمَرَ يومَ أُحُدٍ أنْ يُدْفَنَ جماعةٌ مِنَ الشهداءِ في قبْرٍ واحدٍ، وأنْ يُجْعَلَ بينَ كلِّ ميّتَيْنِ حاجزٌ مِنَ الترابِ، فيُفْعَلُ كذلكَ هنا، ويُوضَعُ الرَّجُلُ ممَّا يلِي القِبْلَةَ، ثُمَّ خَلْفَهُ الخُنْثَى، ثُمَّ خَلْفَهُ المرأةُ؛ لأنَّ جِهَةَ القبلةِ أشرفُ، فيكونُ الرَّجُلُ بالتقريبِ منهُ أحقَّ، ألَا ترَى أنَّ في حديثِ أُحُدٍ رُوِيَ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ: «أَمَرَ بِتَقْدِيمِ أَكْثَرِهِمْ أَخْذًا لِلْقُرْآنِ إِلَى جَانِبِ الْقِبْلَةِ»[1]. ويُجْعَلُ بينَ كلِّ ميّتَيْنِ حاجزٌ مِنَ الصَّعيدِ، فيَصِيرُ ذلكَ في حُكْمِ قبْرَيْنِ»[2].

قالَ ابنُ عبدِ البرِّ في كتابِ «الدُّرَرِ»: «عبدُ اللهِ بنُ جحشِ بنِ رِئَابٍ الأسَدِيُّ، وهو ابنُ عَمَّةِ رسولِ اللهِ ﷺ، دُفِنَ معَ حمزةَ في قبْرٍ واحدٍ، وخارجةُ بنُ زيدِ بنِ أبي زُهَيْرٍ، وسعدُ[3] بنُ الربيعِ بنِ عَمْرِو بنِ أبي زُهَيْرٍ دُفِنَا في قبْرٍ واحدٍ، ودُفِنَ النعمانُ بنُ مالِكِ بنِ ثَعْلَبَةَ والمُجَذَّرُ بنُ ذِيَادٍ[4] البَلَوِيُّ ....

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب الجنائز/باب في تعميق القبر [رقم/٣٢١٥]، والترمذي في كتاب الجهاد عن رسول الله ﷺ/باب ما جاء في دفن الشهداء [رقم/١٧١٣]، والنسائي في كتاب الجنائز/باب ما يستحب من توسيع القبر [رقم/٢٠١١]، وأحمد في «المسند» [٤/١٩]، من حديث هِشَام بْنِ عَامِرٍ ﷺ به نحوه. ولفظ أبي داود: «قَالَ: جَاءَتِ الْأَنْصَارُ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ، فَقَالُوا: أَصَابَنَا قَرْحٌ وَجَهْدٌ، فَكَيْفَ تَأْمُرُنَا، قَالَ: احْفِرُوا وَأَوْسِعُوا، وَاجْعَلُوا الرَّجُلَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ فِي الْقَبْرِ. قِيلَ: فَأَيُّهُمْ يُقَدَّمُ؟ قَالَ: أَكْثَرُهُمْ قُرْآنًا». قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح». وقال ابنُ الملقن: «هذا الحديث صحيح». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٥/٢٩٥].

(٢) ينظر: «المبسوط» للسَّرْخَسِيِّ [٣٠/١٠٧].

(٣) وقع بالأصل: «سعيد». والمثبت من: «م»، و«فا٢». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الدرر في اختصار المغازي والسِّيَر».

(٤) وقع بالأصل: «والمجدر بن زياد». والمثبت من: «الدرر في اختصار المغازي والسِّيَر». =

الْخُنْثَىٰ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ وَإِنْ جُعِلَ عَلَى السَّرِيرِ نَعْشُ الْمَرْأَةِ؛ فَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ عَوْرَةٌ، [وَيُكَفَّنُ] كَمَا تُكَفَّنُ الْجَارِيَةُ، وَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ يَعْنِي يُكَفَّنُ

غاية البيان

وعُبَادةُ بنُ الحَسْحَاسِ[1] في قبرٍ واحدٍ، ودُفِنَ عبدُ اللهِ بنُ عَمْرِو بنِ حَرامٍ وعَمْرُو بنُ الجَمُوحِ بنِ زيدِ بنِ حَرامٍ[2] في قبرٍ واحدٍ، وكانَا صِهْرَيْنِ وصديقَيْنِ مُتَوَاخِيَيْنِ»[3] انتهىٰ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ جُعِلَ عَلَى السَّرِيرِ نَعْشُ الْمَرْأَةِ؛ فَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ)، وهيَ مِنْ مسائلِ «الأصلِ». ذكرَها علىٰ سبيلِ التفريعِ[4].

قالَ في «شرحِ الكافِي»: «وإنْ جُعِلَ على السريرِ نَعْشُ المرأةِ فهو جائزٌ؛ لأنَّهُ أقربُ إلى السِّتْرِ، والسِّتْرُ مندوبٌ إليهِ عندَ اشتباهِ الأمرِ»[5].

والنَّعْشُ: شِبْهُ الْمِحَفَّةِ مُشَبَّكٌ، يُطْبَقُ على المرأةِ إذا وُضِعَتْ على الجِنَازَةِ، وقدْ مَرَّ في بابِ الجَنَائِزِ.

قَوْلُهُ: (وَيُكَفَّنُ كَمَا تُكَفَّنُ الْجَارِيَةُ، وَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ). وهذا ذُكِرَ على سبيلِ التفريعِ أيضًا؛ وذلكَ لأنَّهُ أقربُ إلى السِّتْرِ، ولأنَّ الزيادةَ في كفَنِ الرَّجُلِ [٣/٦٩ه/ط] عندَ الحاجةِ جائزةٌ، واشتباهُ أمْرِهِ مِنْ أقْوَىٰ أسبابِ العُذْرِ؛ فلهذا لا يُكَفَّنُ كما تُكَفَّنُ

= والمُجَذَّرُ: ـ كمُعظَّمٍ ـ: لقَبُ عبد الله بن ذِيَادٍ البَلَوِيِّ. وذِيَادٌ: ككِتابٍ، ويُقال: ابْن ذَيَّاد، ككَتَّان، والأول أكثرُ. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٨/٧٧/ مادة: ذود]. و[١٠/٣٩١/ مادة: جذر].

(١) في: «الدرر في اختصار المغازي والسِّيَر»: «ابْن الْخَشْخَاش». وكلاهما صحيح. ينظر: «المؤتلف والمختلف» للدارقطني [٢/٩١٨]. «والاستيعاب» لابن عبد البر [١/٤١٤].

(٢) وقع بالأصل في الموضعيْن: «حزام». والمثبت من: «فا». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الدرر في اختصار المغازي والسِّيَر».

(٣) ينظر: «الدرر في اختصار المغازي والسِّيَر» لابن عبد البر [ص/١٥٥، ١٥٦].

(٤) وقع بالأصل: «سبيل التعريف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٥) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [٣٠/١٠٧].

فِي خَمْسِ أَثْوَابٍ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ أُنْثَىٰ فَقَدْ أُقِيمَتْ سُنَّةٌ، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَقَدْ زَادُوا عَلَىٰ الثَّلَاثِ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

الجاريةُ. كذا قالَ في «شرحِ الكافي»[1].

ثُمَّ إنَّ هنا [٨/٣٤٦ظ/م] مسائلَ ذُكِرَتْ في «شرحِ الكافي» نَذْكُرُهَا في هذا الموضعِ؛ تكثيرًا للفائدةِ:

وهيَ أنَّ الخُنثَىٰ إذا ماتَ يَدْخُلُ قبْرَهُ ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ منهُ؛ لاحتمالِ أنَّهُ أُنثَىٰ، ولا يمَسُّهُ غيرُ المَحْرَمِ، وإنْ قَبَّلَهُ رَجُلٌ بشهوةٍ لمْ يتزَوَّجْ أُمَّهُ حتَّىٰ يَسْتَبِينَ أمْرُهُ؛ لأنَّهُ إنْ كانَ أُنثَىٰ فتقبِيلُهُ بعدمَا راهَقَ يُثْبِتُ حُرمةَ المُصَاهَرَةِ، فتكونُ أُمُّهُ حرامًا عليْهِ مِنْ هذا الوجْهِ، وتَرْكُ نكاحِ امرأةٍ تَحِلُّ لهُ أَوْلَىٰ مِنْ نكاحِ امرأةٍ هيَ مُحرَّمَةٌ عليْهِ.

قالَ[2]: «وإنْ زوَّجَهُ أبوه رَجُلًا أوِ امرأةً؛ فلا عِلْمَ لي بنكاحِهِ، وهو موقوفٌ إلىٰ أنْ يَبْلُغَ؛ لأنَّ الذَّكَرَ يَدْخُلُ في النِّكَاحِ دُخولَ المالِكِينَ، والأُنْثَىٰ تصيرُ مملوكةً بالنِّكاحِ، ولا يُمْكِنُ إثباتُ واحدٍ مِنَ الوصفَيْنِ في حقِّهِ مِنْ غيرِ دليلٍ، ولا وَجْهَ لإبطالِ نكاحِ الوَلِيِّ في حالِ قيامِ ولايتِهِ؛ ما لَمْ يُعْلَمْ أنَّهُ لمْ يُصادِفْ مَحِلَّهُ، فيكونُ موقوفًا إلىٰ أنْ يَبْلُغَ.

فإنْ ظَهَرَتْ فيه علامةُ الرجالِ ـ وقدْ زوَّجَهُ أبوهُ امرأةً ـ حُكِمَ بصحةِ النِّكَاحِ مِنْ حينِ عقَدَهُ الأبُ؛ لأنَّهُ تبيَّنَ أنْ تصرُّفَهُ صادَفَ مَحِلَّهُ، وإنْ لمْ يَصِلْ إليهَا أُجِّلَ كما يُؤَجَّلُ العِنِّينُ، وإنْ كانَ زوَّجَهُ أبوهُ مِنْ رَجُلٍ، ثُمَّ ظَهَرَ [به][3] علامةُ الرجالِ؛ فقدْ تبيَّنَ أنَّ هذا التصرُّفَ لمْ يُصادِفْ مَحِلَّهُ، فكانَ باطلًا»[4].

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [٣٠/١٠٥].

(٢) أي: السَّرَخْسِيُّ ﵀.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقع في: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ.

(٤) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [٣٠/١٠٦].

. . . .

قالَ: «وإنْ قذَفَ رَجُلًا بعدمَا بلَغَ قبْلَ أنْ يَسْتَبِينَ أمْرُهُ، أوْ سَرَقَ أوْ سُرِقَ منهُ؛ أُقِيمَ الحَدُّ؛ لأنَّهُ صارَ بالبلوغِ مُخاطبًا، وحَدُّ القذفِ والسرقةِ لا يَخْتَلِفُ بِالذُّكُورَةِ وَالأُنُوثَةِ، واشتباهُ حالِهِ لا يَمْنَعُ تَحَقُّقَ قَذْفِهِ مُوجبًا للحَدِّ عليْهِ، ولا تَحَقُّقَ سَرِقتِهِ، والسرقةُ منهُ مُوجِبَةٌ للقطعِ»(١).

قالَ: «وإنْ قذَفَهُ رَجُلٌ فلا حَدَّ علىٰ قاذِفِهِ، بمنزلةِ المَجْبُوبِ والرَّتْقَاءِ إذا قذَفَهُمَا رَجُلٌ؛ وهذا لأنَّ القاذفَ يسْتَوْجِبُ الحَدَّ بنسبةِ الرَّجُلِ إلىٰ فِعْلٍ يُباشِرُهُ، وبنسبةِ المرأةِ إلىٰ التمكينِ مِنْ فِعْلٍ يُباشِرُهُ غيرُهَا، ومعَ اشتباهِ أمْرِهِ لا يتقرَّرُ السببُ، ولا يُدْرَىٰ أنَّ قاذِفَهُ إلىٰ أيِّ فِعْلٍ نَسَبَهُ، فإنْ كانَ نسبَهُ إلىٰ مباشرةِ الفعلِ ـ وهو امرأةٌ ـ كانَ قدْ نسبَهُ إلىٰ مُحَالٍ، فيكونُ بمنزلةِ قاذفِ الرَّتْقَاءِ والمَجْبُوبِ، وإنْ كانَ قدْ نسَبَهُ إلىٰ التمكينِ وهو رَجُلٌ نسَبَهُ إلىٰ ما هو قاصِرٌ في حقِّهِ غيرِ مُوجِبٍ للحَدِّ عليْهِ، وعندَ اشتباهِ الأمرِ لا يُمْكِنُ إقامةُ الحَدِّ علىٰ القاذفِ»(٢).

قالَ: «وإذا قطَعَ رَجُلٌ يدَهُ أوِ امرأةٌ قَبْلَ أنْ يَسْتَبِينَ أمْرُهُ؛ فلا قِصَاصَ علىٰ القاطعِ؛ لأنَّ حُكْمَ القِصَاصِ فيما دونَ النفسِ تختلفُ بِالذُّكُورَةِ وَالأُنُوثَةِ [٣٤٧/٨و/م]، ولا يَجْرِي القِصَاصُ بينَ الرَّجُلِ والنساءِ في الأطرافِ، فإنْ كانَ القاطعُ رَجُلًا لمْ يجبِ القِصَاصُ إذا كانَ هو امرأةً.

وإنْ كانَ القاطعُ امرأةً: لمْ يجبِ القِصَاصُ إذا كانَ هو رَجُلًا، فعندَ الاشتباهِ يَتَمَكَّنُ فيه الشُّبْهَةُ، والقِصَاصُ عقوبةٌ تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، وبه فارَقَ القِصَاصَ في النفسِ، فإنَّهُ لا يختلفُ بِالذُّكُورَةِ وَالأُنُوثَةِ، سواءٌ قتَلَهُ رَجُلٌ أوِ امرأةٌ؛ كانَ عليْهِ القِصَاصُ [٥٧٠/٣و]؛ لتيَقُّنِنَا بوجوبِهِ وتقَرُّرِ سببِهِ. ولوْ قطَعَ هذا الخُنثَىٰ يدَ رَجُلٍ أوِ

---

(١) ينظر: المصدر السابق [١٠٧/٣٠، ١٠٨].

(٢) ينظر: المصدر السابق [١٠٨/٣٠].

....

امرأةٍ، أوْ قتَلَهُ؛ لمْ يكنْ عليْهِ قِصَاصٌ، ولكنِ الديةُ على عاقلتِهِ؛ لأنَّهُ صغيرٌ لمْ يبْلُغْ، فعَمْدُهُ وخطَؤُهُ سواءٌ»(١).

قالَ: «وإنْ أُخِذَ الخُنثَى أسيرًا مِنَ الكفارِ، أوِ ارتدَّ بعدَ الإسلامِ؛ لمْ يُقْتَلْ؛ لأنَّ القتلَ عقوبةٌ تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، فإمَّا أنْ يكونَ هذا في حالِ الصِّغَرِ(٢)، والصغيرُ لا يستوْجِبُ العقوبةَ، أوْ بعدَ البلوغِ، فيُتَوَهَّمُ كونُهُ أُنثَى، وإنْ كانَ الخُنثَى مِنْ أهلِ الذِّمَّةِ لمْ يُوضَعْ عليْهِ خراجُ رأسِهِ لهذَيْنِ المعنيَيْنِ، وكذلكَ لا يَدْخُلُ الخُنثَى في القَسامةِ للصِّغَرِ، أوْ لتوَهُّمِ الأُنُوثَةِ»(٣).

قالَ: «وإنْ زَوَّجَهُ أبوهُ قبلَ أنْ يَبْلُغَ رَجُلًا، أوْ زوَّجَهُ امرأةً؛ فإنَّ ذلكَ موقوفٌ لا نُجيزُهُ، ولا نُبْطِلُهُ، ولا يتوارثانِ حتَّى يَسْتَبِينَ أمْرُهُ، وإنَّما لا نُبْطِلُهُ؛ لأنَّ العاقدَ وَلِيٌّ، ولا نُجِيزُهُ؛ لأنَّا لا نَعْلَمُ بمصادَفةِ هذا العقدِ محلَّهُ، ولا يتوارثانِ؛ لأنَّ التوارُثَ مِنْ حُكْمِ انتهاءِ النِّكَاحِ الصحيحِ بالموتِ.

وإنْ قُتِلَ خطأً قبْلَ أنْ يَسْتَبِينَ أمْرُهُ؛ فعلَى قولِ الشَّعْبِيِّ: على القاتِلِ نصفُ ديةِ المرأةِ، ونصفُ ديةِ الرَّجُلِ باعتبارِ الأحوالِ، وعندنَا: القولُ فيهِ قولُ القاتِلِ، وعلى أولياءِ القتيلِ البَيِّنَةُ؛ لأنَّ القاتلَ مُنْكِرٌ للزيادةِ، فكانَ القولُ قولَهُ معَ يمينِهِ، وعلى مُدَّعِي الزيادةِ إثباتُها بالبَيِّنَةِ»(٤).

قالَ: «رَجُلٌ ماتَ وتَرَكَ ابنًا، وامرأةً، وولدًا خُنثَى مِنْ هذهِ المرأةِ، فماتَ

---

(١) ينظر: المصدر السابق.
(٢) وقع بالأصل: «الصغير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ.
(٣) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [١٠٩/٣٠].
(٤) ينظر: المصدر السابق. [١١٠/٣٠].

. . . .

الخُنْثَى بعدَ أبيهِ، فادَّعَتْ أُمُّهُ أنَّهُ كانَ غُلامًا يبولُ مِنْ حيثُ يبولُ الغُلامُ، وادَّعَى الابنُ أنَّهُ كانَ يبولُ مِنْ حيثُ تبولُ الجاريةُ؛ فالقولُ قولُ الأُمِّ؛ لأنَّها تَدَّعِي الزيادةَ في ميراثِهَا منهُ، والابنُ مُنْكِرٌ للزيادةِ؛ فالقولُ قولُهُ معَ يمينِهِ على عِلْمِهِ؛ لأنَّهُ يُسْتَحْلَفُ على فِعْلِ الغيرِ، والبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الأُمِّ، سواءٌ قامتْ هي وحْدَهَا، أوْ أقامَا[1] جميعًا البَيِّنَةَ؛ لأنَّهَا تُثْبِتُ الزيادةَ في حقِّهَا، والابنُ يَنْفِي ببيِّنتِهِ تلكَ الزيادةَ.

ولوْ أقامَتِ الأُمُّ [٨/٣٤٧ظ/م] بَيِّنَةً على ذلكَ، وأقامَ رَجُلٌ البَيِّنَةَ أنَّ الميتَ زَوَّجَهُ على ألفِ درهمٍ، وأنَّهَا كانتْ تَبُولُ مِنْ حيثُ تَبُولُ النساءُ، وطلبَ ميراثَهُ منهَا؛ فالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الزوجِ؛ لأنَّ في بَيِّنَتِهِ زيادةُ إثباتٍ، فإنَّهُ يُثْبِتُ صحةَ النِّكَاحِ والمِيرَاثِ لنفسِهِ، فكانتْ بَيِّنَتُه أَوْلَى بالقبولِ، ثُمَّ للأُمِّ نصيبُهَا مِنَ الصداقِ وغيرِهِ.

ولا يُقالُ: هيَ تُنْكِرُ وجوبَ الصداقِ، فكيفَ تأْخُذُ نَصِيبَهَا منه؟ لأنَّها صارتْ مُكَذَّبَةً فيما زعمَتْ في الحُكْمِ، وزَعْمُ الزاعمِ يُسْقِطُ اعتبارَهُ إذا جرَى الحُكْمُ بخلافِهِ، وكذلكَ إنْ أقامَ كُلُّ واحدٍ منهُمَا البَيِّنَةَ أنَّهُ كانَ يبولُ مِنَ المَبَالِ الَّذِي ادَّعَاهُ، ولمْ يكنْ يبولُ مِنَ المَبَالِ الآخرِ؛ لأنَّ قولَهُ: «وَلَمْ يَكُنْ يَبُولُ» نفْيٌ، والشهادةُ بلفظِ النفْيِ لا تكونُ مقبولةً، فوجودُ هذِهِ الزيادةِ كعدَمِهَا.

ولوْ أقامَتِ المرأةُ البَيِّنَةَ [أنَّ أباهُ زوَّجَهَا إيَّاهُ في حالِ حياتِهِ، وأمْهَرَهَا عنه ألفَ درهمٍ، وأنَّهُ كانَ غُلامًا يبولُ مِنْ حيثُ يبولُ الغلامُ خاصَّةً، وأقامَتِ الأُمُّ البَيِّنَةَ][2] أنَّهُ كانَ يبولُ مِنْ حيثُ تبولُ الجاريةُ؛ فالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المرأةِ؛ لِمَا فيهَا مِنْ إثباتِ الزيادةِ،

---

(١) وقع بالأصل: «قاما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ.

....

وهو أصلُ النِّكَاحِ والمَهْرِ والمِيرَاثِ.

ولوْ أقامَتْ هذِهِ المرأةُ البَيِّنَةَ على ما وَصَفْنَا، وأقامَ الرَّجُلُ البَيِّنَةَ على مَا وَصَفْنَا في المسألةِ الأُولَى؛ فالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ [٣/٥٧٠ط] المرأةِ؛ لأنَّ البيِّنَتَيْنِ تعارَضَتَا في إثباتِ النِّكَاحِ والمِيرَاثِ، وفي بَيِّنَةِ المرأةِ زيادةٌ، وهو إثباتُ الصداقِ، فيترجَّحُ بذلكَ.

وإنْ وقَّتَتِ البيِّنتانِ وقتَيْنِ؛ فالوقتُ الأوَّلِ أَوْلَى؛ لأنَّ صاحبَ الوقتِ الأوَّلِ يُثْبِتُ عَقْدَهُ وحْدَهُ في الخُنْثَى في وَقْتٍ لا يُنازِعُهُ غيرُهُ فيه، وبعدمَا ثبَتَ ذلكَ في الوقتِ الَّذِي اسْتَنَدَ إليْهِ تَصِيرُ البَيِّنَةُ الثانيةُ مُحالًا، وإنْ كانَ الخُنْثَى حيًّا أبطلْتُ ذلكَ كلَّهُ، ولمْ أَقْضِ بشيءٍ منهُ؛ لأنَّ في حالِ حياتِهِ المقصودَ هو الحَلُّ، وقدْ تعارضَتِ البيِّنتانِ فيه وانتَفَتَا؛ لاستحالةِ أنْ يكونَ الشخصُ الواحدُ زوجًا وزوجةً، بخلافِ ما بعدَ موتِهِ، فالعقدُ قدِ ارتفَعَ هناكَ على أيِّ وَجْهٍ كانَ، وإنَّمَا المقصودُ المَهْرُ والمِيرَاثُ، فصِرْنَا إلى الترجيحِ بإثباتِ الزيادةِ.

وهو نظيرُ أُختيْنِ ادَّعَتَا نكاحَ رَجُلٍ بعدَ موتِهِ، وأقامتْ كلُّ واحدةٍ منهُمَا البَيِّنَةَ؛ قُضِيَ لهُمَا بالميراثِ منهُ، ولوْ كانَ الرَّجُلُ [٨/٣٤٨و/م] حيًّا لكانَ يَبْطُلُ البيِّنتانِ إذا لمْ يُوَقِّتَا، وكذلكَ لوِ ادَّعَى رَجُلانِ نكاحَ امرأةٍ؛ فهو على هذا في الفرقِ بينهُمَا بعدَ الموتِ وقَبْلَهُ»[1].

قالَ: «ولوْ أقامَ رَجُلٌ البَيِّنَةَ أنَّ أباهُ زوَّجَهَا إيَّاهُ بألفِ درهمٍ برضاهَا، وأنَّهَا ولدَتْ منهُ هذا الولدَ، وأقامتِ امرأةٌ البَيِّنَةَ أنَّ أباهَا زَوَّجَهَا إيَّاهُ برضَاهَا، وأنَّهُ دخَلَ بها فولدَتْ هذا الغُلامَ منه؛ أَبْطَلْتُ ذلكَ كلَّهُ؛ لأنَّ في كلِّ واحدةٍ مِنَ البيِّنَتَيْنِ إثباتَ النِّكَاحِ والنَّسَبِ والمِيرَاثِ، فاستوَتَا، والجمعُ بينهُمَا مُحَالٌ، فإذا لمْ أعْرِفِ الحقَّ

---

[1] ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [٣٠/١١٠ - ١١٢].

ولوْ ماتَ أبوهُ وخلَّف ابنًا ؛ فالْمالُ بيْنهُما عنْد أبِي حنيفة: أثلاثًا للابْنِ سهْمانِ، وللْخُنثىٰ سهْمٌ، وهُو أُنثىٰ عِنْدهُ فِي الْمِيراثِ، إلَّا أنْ يتبيَّن غيْرُ ذلك. وقالَا: لِلْخُنثىٰ نِصْفُ مِيراثِ ذكرٍ، ونِصْفُ مِيراثِ أُنثىٰ، وهُو قوْلُ الشَّعْبِيِّ. واخْتلفَا فِي قِياسِ قوْلِهِ. قالَ مُحمَّدٌ: الْمالُ بيْنهُما علىٰ اثْنيْ عشر سهْمًا، لِلابْنِ: سبْعةٌ، ولِلْخُنثىٰ: خمْسةٌ. وقالَ أبُو يُوسُف: الْمالُ بيْنهُما علىٰ سبْعةٍ، لِلابْنِ: أرْبعةٌ، ولِلْخُنثىٰ: ثلاثةٌ، لِأنَّ الِابْن يسْتحِقُّ كُلَّ الْمِيراثِ عِنْد الِانْفِرادِ والْخُنثىٰ

منهُمَا ؛ أبْطَلْتُ ذلكَ كلَّهُ.

ولوْ قامَتْ إحْدَىٰ البيِّنَتيْنِ، وقضَىٰ القاضِي بها، ثُمَّ جاءَتِ الأُخْرَىٰ ؛ لمْ يُلْتَفَتْ إليهَا ؛ لأنَّا نَتيَقَّنُ بكذبِ إحْدَىٰ الفريقَيْنِ، فمِنْ ضرورةِ القضاءِ بصِدْقِ الفريقِ الأوَّلِ: الحُكْمُ بكذبِ الفريقِ الثاني»[1].

قالَ: «وهذا الجوابُ إنَّمَا يكونُ في حالِ حياةِ الخُنثَىٰ، فأمَّا بعدَ موتِهِ: فقدْ بيَّنَّا أنَّ بيِّنَةَ المرأةِ أوْلَىٰ ؛ لِمَا في بيِّنَتِهَا مِنْ إثباتِ الزيادةِ، وهو المَهْرُ»[2].

قَوْلُهُ: (وَلَوْ مَاتَ أَبُوهُ وَخَلَّفَ ابْنًا ؛ فَالْمَالُ بَيْنَهُمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: لِلابْنِ سَهْمَانِ، وَلِلْخُنْثَىٰ سَهْمٌ، وَهُوَ أُنْثَىٰ عِنْدَهُ فِي الْمِيرَاثِ، إِلَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ غَيْرُ ذَلِكَ، وَقَالَا: لِلْخُنْثَىٰ نِصْفُ مِيرَاثِ ذَكَرٍ، وَنِصْفُ مِيرَاثِ أُنْثَىٰ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ. وَاخْتَلَفَا فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ. قَالَ مُحَمَّدٌ: الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا، لِلابْنِ: سَبْعَةٌ، وَلِلْخُنْثَىٰ: خَمْسَةٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ سَبْعَةٍ، لِلابْنِ: أَرْبَعَةٌ، وَلِلْخُنْثَىٰ: ثَلَاثَةٌ)، وهذا كلُّهُ لفظُ القُدُورِيِّ في «مُخْتَصَرِهِ»[3]، إلَّا أنَّ القُدُورِيَّ قدَّمَ أبا يوسفَ علىٰ محمَّدٍ في الذِّكْرِ كما هو الأصْلُ، وصاحبُ «الهدايةِ»

(١) ينظر: المصدر السابق [١١٢/٣٠].
(٢) ينظر: المصدر السابق.
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٧].

ثلاثةُ الأَرْبَاعِ، فَعِنْدَ الاحتمال[1] يُقْسَمُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ قَدْرِ حَقَّيْهِمَا هَذَا يَضْرِبُ بِثَلَاثَةٍ وَذَلِكَ يَضْرِبُ بِأَرْبَعَةٍ فَيَكُونُ سَبْعَةً. وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الْخُنْثَىٰ لَوْ كَانَ ذَكَرًا

غاية البيان

عكسَ ذلكَ، وكأنَّهُ اختارَ قولَ محمَّدٍ؛ ولهذا ذَكَرَ دليلَ محمَّدٍ بعدَ دليلِ أبي يوسفَ.

ثُمَّ اعلمْ: أنَّ القُدُورِيَّ جعلَ قولَ محمَّدٍ معَ أبي يوسفَ حيثُ قالَ: «وقالَا: للخُنْثَىٰ نصفُ مِيرَاثِ ذَكَرٍ، ونصفُ مِيرَاثِ أُنْثَىٰ»[2].

وكذلكَ أثبَتَ صاحبُ «الهدايةِ» فيهَا، وكذلكَ ذَكَرَ الشيخُ أبو نصرٍ البَغْدَادِيُّ في «شرْحِهِ».

ويَدُلُّ علىٰ أنَّ قولَ محمَّدٍ [٥٧١/٣و] كقولِ أبي يوسفَ ـ إلَّا أنَّهُمَا اختلفَا في التخريجِ ـ: ما ذكرَهُ الطَّحَاوِيُّ في «مُخْتَصَرِهِ» فقالَ: «قالَ أبو حَنِيفَةَ: إذا هَلَكَ الرَّجُلُ عنْ ولدٍ خُنْثَىٰ، وابنٍ غيرِ خُنْثَىٰ؛ أُعْطِيَ [الخُنْثَىٰ][3] على أنَّهُ بنتٌ[4] حتَّى يُعْلَمَ غيرُ ذلكَ.

وقالَ أبو يوسفَ: المالُ بينهُ وبينَ الابنِ المعروفِ علىٰ سبعةٍ، للابنِ المعروفِ منهُ: نَصِيبُ ابْنٍ كاملٍ، ويُضْرَبُ للخُنْثَىٰ ثلاثةُ أرباعِ نصيبِ ابنٍ كاملٍ.

وقالَ محمَّدٌ: يُقْسَمُ [المِيرَاثُ][5] بينهُمَا علىٰ تنزيلِ الأحْوالِ، فيكونُ للخُنْثَىٰ منهُ: خمسةٌ مِنِ اثْنَيْ عَشَرَ، وللمُسْتَيْقَنِ [٣٤٨/٨ظ/م]: سبعةٌ مِنِ اثْنَيْ عَشَرَ، وبه نأخُذُ،

---

(١) في (ط): «الاجتماع».

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو المُوافق لِمَا وقَع في النسخة الخطية من: «مختصر الطحاوي» [ق٥٣/أ/مخطوط مكتبة خراجي أغلو ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٦٤)]. ووقَع في المطبوع منه من «المختصر»: «فإن الخنثى على أنه ابنه حتى يعلم غير ذلك...»!

(٤) وقع بالأصل: «أنه ثبتَ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر الطحاوي».

يَكُونُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَإِنْ كَانَ أُنْثَىٰ يَكُونُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا احْتَجْنَا إِلَىٰ حِسَابٍ لَهُ نِصْفٌ وَثُلُثٌ، وَأَقَلُّ ذَلِكَ سِتَّةٌ، فَفِي حَالٍ يَكُونُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا

غاية البيان

وهذا أصحُّ مِنْ قولِ أبي يوسفَ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الطَّحَاوِيِّ في «مُخْتَصَرِهِ».

وقالَ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ في شرحِهِ لـ«مُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ»: «وَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ: أنَّ نصيبَ البنتِ مُتَيَقَّنٌ للخُنْثَىٰ، والزيادةَ عليهِ مشكوكٌ فيهَا، فلا يَسْتَحِقُّهُ إلَّا بيقينٍ؛ لأنَّهُ لا يجوزُ توريثُهُ بالشكِّ.

وأمَّا أبو يوسفَ: فإنَّهُ يَضْرِبُ للابنِ بنصيبِ ابنٍ كاملٍ، وهو أربعةٌ، وللخُنْثَىٰ بثلاثةِ أرباعِ نصيبِ ابنٍ؛ وذلكَ لأنَّهُ ضُرِبَ بنصفِ مِيرَاثِ ابنٍ: سهمانِ مِنْ أربعةٍ، وبنصفِ مِيرَاثِ ابنةٍ: سهمٌ واحدٌ، فصارَ جميعُ ما يُضْرَبُ[2] لهُ ثلاثةً، وضُرِبَ للابنِ بأربعةٍ.

وأمَّا محمَّدٌ: فإنَّهُ جعَلَ الخُنْثَىٰ مُسْتحقًّا بستةٍ[3] مِنِ اثْنَيْ عَشَرَ؛ لأنَّهُ إنْ كانَ ذكرًا: فله ستَّةٌ، ولأخيهِ ستَّةٌ، وإنْ كانَ أُنْثَىٰ: فله أربعةٌ، ولأخيهِ ثمانيةٌ، فله في حالٍ أربعةٌ، وفي حالٍ ستَّةٌ، فذلكَ عَشَرَةٌ لهُ في حالتَيْنِ، لهُ نصفُ ذلكَ: خمسةٌ مِنِ اثْنَيْ عَشَرَ، والابنُ يستَحِقُّ في حالٍ ثمانيةٌ، وفي حالٍ ستَّةٌ، فذلكَ أربعةَ عَشَرَ في حالَيْنِ، لهُ نصفُهَا سبعةٌ، وقدْ ذُكِرَ عنْ أبي يوسفَ رجوعُهُ إلىٰ هذا القولِ»[4].
إلىٰ هنا لفظُ أبي بكرٍ.

فعُلِمَ بهذا كلِّهِ: أنَّ محمَّدًا يَجْعَلُ إرْثَ الخُنْثَىٰ نصفَ النصيبَيْنِ كأبي يوسفَ،

---

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٥٤ ـ ١٥٥].
(٢) وقع بالأصل: «ما يصرف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح مختصر الطحاوي».
(٣) وقع بالأصل: «بخمسة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح مختصر الطحاوي».
(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٤/١٤٧ ـ ١٤٨].

نِصْفَيْنِ[1]، وَفِي حَالٍ يَكُونُ أَثْلَاثًا لِلْخُنْثَىٰ سَهْمَانِ وَلِلِابْنِ أَرْبَعَةٌ، فَسَهْمَانِ لِلْخُنْثَىٰ ثَابِتَانِ بِيَقِينٍ. وَوَقَعَ الشَّكُّ فِي السَّهْمِ الزَّائِدِ فَيَتَنَصَّفُ فَيَكُونُ لَهُ سَهْمَانِ

غاية البيان

ولكنْ ذكَرَ الفقيهُ أبو الليثِ في كتابِ «مُختلفِ الروايةِ» قولَ محمَّدٍ كقولِ أبي حنيفةَ، فقالَ: «ولوْ أنَّ رَجُلًا ماتَ وترَكَ ابنًا، وترَكَ ابنًا آخرَ خُنثَىٰ؛ فقدْ رُوِيَ عنِ الشَّعْبِيِّ أنَّهُ قالَ: للخُنثَىٰ نصفُ مِيرَاثِ الرَّجُلِ، ونصفُ مِيرَاثِ المرأةِ.

وذُكِرَ عنْ أبي يوسفَ: أنَّهُ فسَّرَ قولَ الشَّعْبِيِّ بتفسيرَيْنِ، أحدِهِمَا: أنَّ الخُنثَىٰ مِنْ وَجْهٍ كأنَّهُ ابنٌ، ومِنْ وَجْهٍ كأنَّهُ ابنةٌ، والابنةُ تكونُ نصفَ الابنِ في المِيرَاثِ، فيُجْعَلُ الخُنثَىٰ كأنَّهُ ثلاثةُ أرباعِ الابنِ، فيُجْعَلُ المِيرَاثُ علىٰ سبعةِ أسهُمْ، للابنِ أربعةٌ، وللخُنثَىٰ ثلاثةٌ؛ لأنَّهُ إنْ كانَ ابنًا فلهُ النصفُ، وإنْ كانَ ابنةً فلهُ الثلثُ، فيُحتاجُ إلىٰ حسابٍ لهُ نصفٌ وثلثٌ، وأقلُّهُ ستَّةٌ.

فيُجْعَلُ أصْلُ المسألةِ مِنْ ستةٍ، للابنِ الَّذِي تيَقَّنَّا أنَّهُ ابنٌ: الثلثانِ، وهو أربعةٌ، يَبْقَىٰ هاهنَا سهمانِ، فلا يخلُو: إمَّا أنْ يكونَ الخُنثَىٰ ابنًا أوِ ابنةً، فإنْ كانَ ابنةً فلهُ هذا السهمانِ، وإنْ كانَ ابنًا فلهُ أربعةٌ مِثْلَ ما أعطَيْنَا الابنَ الآخَرَ، فالسهمانِ لهُ واجبٌ في الحالَيْنِ جميعًا، والسهمانِ الزائدانِ يَجِبانِ في حالٍ، ولا يَجِبانِ في حالٍ، فيُنَصَّفُ ذلكَ، فنُوجِبُ لهُ ثلاثةَ أسهُمٍ، وللابنِ أربعةٌ، فنَقْسِمُ المالَ [٣٤٩/م] بينهُمَا علىٰ سبعةٍ، أربعةٌ للابنِ، وثلاثةٌ للخُنثَىٰ»[2].

قالَ[3]: «وكانَ أبو يوسفَ [٥٧١/٣ط] يُفَسِّرُ بهذَا، ولا يأخُذُ بِهِ، ثُمَّ فسَّرَ بتفسيرٍ آخرَ، فأخَذَ بِهِ، وهو أنَّ الخُنثَىٰ لوْ كانَ ابنًا فلهُ نصفُ المِيرَاثِ، ولو كانَ ابنةً كانَ لهُ ثُلُثُ المِيرَاثِ، فيُجْعَلُ المالُ مِنِ اثْنَيْ عَشَرَ، للخُنثَىٰ في حالٍ: الثلثُ، وهو

---

[1] زاد في (ط): «لِكُلِّ وَاحِدٍ ثَلَاثَةٌ».
[2] ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٩٦٧/٣].
[3] أي: أبو الليث ﷺ.

وَنِصْفٌ فَانْكَسَرَ فَيُضَعَّفُ لِيَزُولَ الْكَسْرُ فَصَارَ الْحِسَابُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ لِلْخُنْثَىٰ خَمْسَةٌ وَلِلابْنِ سَبْعَةٌ.

أربعةٌ، وفي حالٍ: النصفُ، وهو ستَّةٌ، فالأربعةُ واجبةٌ بيقينٍ، والشكُّ في سهمَيْنِ، فيَتَنَصَّفُ ذلكَ، ويُطْرَحُ نصفُهُ، فللخُنْثَىٰ: خمسةُ أسهُمٍ، وللابنِ: سبعةٌ، وهو قولُ أبي يوسفَ الآخَرُ.

وفي قولِهِ الأوَّلِ ـ وهو قولُ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ـ: للخُنْثَىٰ ثُلُثُ الميرَاثِ، وللابنِ الثلثانِ، ويُجْعَلُ الخُنْثَىٰ أُنْثَىٰ ما لمْ يَتَبَيَّنْ أنَّهُ ابنٌ»[(١)]. إلىٰ هنا لفْظُ الفقيهِ أبي الليثِ.

وكذلكَ ذَكَرَ الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»، وجعلَ المالَ أثلاثًا بينهُمَا، للذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ، فقالَ: «هو قولُ أبي يُوسُفَ الأوَّلُ».

وكذلكَ ذَكَرَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في «شرحِ الكافِي» الَّذِي هو «مَبْسُوطُهُ» فقالَ: «اختلفَ العُلماءُ في حُكْمِ الخُنْثَىٰ المُشْكِلِ في المِيرَاثِ، فقالَ أبو حَنِيفَةَ ومحمَّدٌ ـ وهو قولُ أبي يوسفَ الأوَّلُ ـ: يُجْعَلُ هو في المِيرَاثِ بمنزلةِ الأُنْثَىٰ، إلَّا أنْ يكونَ أسوأَ حالِهِ أنْ يكونَ ذَكَرًا، و[في][(٢)] الحاصلِ: يكونُ لهُ شرُّ الحالَيْنِ، وأقلُّ النصِيبَيْنِ، وفي قولِ أبي يوسفَ الآخَرِ: لهُ نصفُ مِيرَاثِ الذَّكَرِ، ونصفُ مِيرَاثِ الأُنْثَىٰ، وهو قريبٌ مِنْ قولِ الشَّعْبِيِّ»[(٣)]. إلىٰ هنا لفظُ السَّرْخَسِيِّ.

وكذلكَ جعَلَ في «المحيطِ» و«الذخيرةِ»: قولَ محمَّدٍ معَ أبي حَنِيفَةَ. قالَ صاحبُ «المحيطِ» و«الذخيرةِ» فيهِمَا: «والحُكْمُ في توريثِ الخُنْثَىٰ المُشْكِلِ أنْ يُعْطَىٰ لهُ مِيرَاثُ النِّساءِ، إلَّا أنْ يكونَ أسوأُ حالِهِ أنْ يكونَ ذَكَرًا، فيُجْعَلُ ذَكَرًا، وهذا قولُ

---

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٩٦٧، ١٩٦٨].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) ينظر: «المبسوط» للسَّرْخَسِيِّ [٣٠/٩٢].

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْحَاجَةَ هَاهُنَا إِلَىٰ إِثْبَاتِ الْمَالِ ابْتِدَاءً، وَالْأَقَلُّ وَهُوَ مِيرَاثُ الْأُنْثَىٰ مُتَيَقَّنٌ بِهِ، وَفِيمَا زَادَ عَلَيْهِ شَكٌّ، فَأَثْبَتْنَا الْمُتَيَقَّنَ قَصْرًا عَلَيْهِ لِأَنَّ

غاية البيان

أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ، وعليْهِ الفَتْوَىٰ». إلىٰ هنا لفظُ الكتابيْنِ جميعًا، ولمْ تتغيَّرْ عبارتُهُمَا.

وكذلكَ ذَكَرَ الإمامُ سِرَاجُ الدِّينِ في «الفرائضِ السِّرَاجِيِّ» قولَ محمَّدٍ معَ أبي حَنِيفَةَ؛ حيثُ قالَ: «للخُنْثَىٰ المُشْكِلِ أقلُّ النصيبَيْنِ. أعْنِي: أسوأَ الحاليْنِ عندَ[1] أبي حَنِيفَةَ وأصحابِهِ، وهو قولُ عامَّةِ الصحابةِ، وعليْهِ الفَتْوَىٰ»[2].

وقالَ في «شرحِهِ»: «وقالَ الشَّعْبِيُّ، والأَوْزَاعِيُّ، والثَّوْرِيُّ، وابنُ أبي لَيْلَىٰ، ونُعَيْمُ بنُ حمَّادٍ، ويَحْيَىٰ بنُ آدَمَ رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَىٰ: «يُعْطَىٰ الخُنْثَىٰ نصفَ [٨/٣٤٩ظ/م] مِيرَاثِ ذكَرٍ، ونصفَ مِيرَاثِ أُنْثَىٰ». وهو مذهبُ اللُّؤْلُؤِيِّ أيضًا».

وقالَ الشيخُ أبو نصرٍ البَغْدَادِيُّ في «شرحِ القُدُورِيِّ»: «وقالَ الشَّافِعِيُّ: [يُجْعَلُ][3] للخُنْثَىٰ أضرَّ الحالَيْنِ، وأُوقِفُ الزيادةَ علىٰ نصيبِهِ إلىٰ أنْ يتَبَيَّنَ أمرُهُ، أو يَصْطَلِحَ هو والورثةُ[4]، فقالَ: في هذِهِ المسألةِ للخُنْثَىٰ الثلثُ، وللابنِ النصفُ، ويُوقَفُ السُّدُسُ».

وَجْهُ قولِ الشَّافِعِيِّ: أنَّهُ يجوزُ أنْ يكونَ ذَكَرًا، ويجوزُ أنْ يكونَ أُنْثَىٰ، قالَ: يجوزُ أنْ يُدْفَعَ إلىٰ شُركائِهِ بالشكِّ.

قيلَ لهُ: فلذلكَ لا يجوزُ أنْ يَنْقُصَ نصيبُ شركائِهِ بالشكِّ، ولأنَّ هذا يَبْطُلُ

---

(1) وقع بالأصل: «عن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «السراجية في الفرائض».

(2) ينظر: «السراجية في الفرائض» للسِّرَاج السَّجَاوَنْدِيِّ [ص/١٠٦].

(3) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح مختصر القُدُورِيِّ» لأبي نَصْر الأَقْطَع [١/ ق٢٤٣/ب/مخطوط مكتبة مكة المكرمة/رقم الحفظ: (٥٧)].

(4) ينظر: «نهاية المطلب في دراية المذهب» لأبي المعالي الجويني [٩/٣٠٥]. و«اللباب في الفقه الشافعي» لابن المحاملي [ص/٢٧٩]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٦/٥٣٢].

الْمَالَ لَا يَجِبُ بِالشَّكِّ فصار كما إِذَا كَانَ الشَّكُّ فِي وُجُوبِ الْمَالِ بِسَبَبٍ آخَرَ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ فِيهِ بِالْمُتَيَقَّنِ، كَذَا هَذَا، ....

غاية البيان

بمَنْ ماتَ وترَكَ ابنًا يَحْجُبُهُ، إلَّا أنَّهُ لا يَحْجُبُهُ بيقينٍ.

وَوجهُ قولِهِمَا: أنَّ للخُنثَى حالَيْنِ[1]: إنْ كانَ ذكرًا فلهُ نصيبُ ابنٍ كاملٍ، وإنْ كانَ أُنثَى فلهُ نصفُ نصيبِ ابنٍ، وهو لا يُسْتَحَقُّ إلَّا في حالةٍ واحدةٍ، وليسَ إحْدَى الحالتَيْنِ بأَوْلَى مِنَ الأُخرى، فجُعِلَ لهُ نصفُ ما استحقَّهُ في [٥٧٢/٣و] الحالَيْنِ، وهو ثلاثةُ أرباعِ [نصيبِ][2] الابنِ، فزاحَمَ الابنَ بذلكَ.

ثُمَّ اخْتَلَفَ أبو يوسفَ ومحمَّدٌ في قياسِ قولِهِ ـ أيْ: قولِ الشَّعْبِيِّ ـ فقالَ أبو يوسفَ: للخُنثَى ثلاثةٌ مِنْ سبعةٍ، وقالَ محمَّدٌ: خمسةٌ مِنِ اثْنَيْ عَشَرَ.

وَوجْهُ تخريجِ أبي يوسفَ: أنَّ الابنَ يسْتَحِقُّ كلَّ المالِ عندَ انفرادٍ، بأنْ لمْ يكنْ معهُ أحدٌ، والخُنثَى يَسْتَحِقُّ ثلاثةَ أرباعِ المالِ؛ لأنَّ الخُنثَى في حالٍ ابنٌ، وفي حالٍ بنتٌ، وللبنتِ في المِيرَاثِ نصفُ الابنِ، فيُجْعَلُ لهُ نصفُ كلِّ حالٍ، فيكونُ ثلاثةَ أرباعِ نصيبِ ابنٍ، فيُضْرَبُ مَخْرَجُ الربُعِ، وهو أربعةُ أسهُمٍ وثلاثةُ أرباعٍ، فيكونُ سبعةً، فللخُنثَى ثلاثةٌ، وللابنِ أربعةٌ.

وَوجْهُ تخريجِ محمَّدٍ: أنَّ الخُنثَى لوْ كانَ ذكرًا؛ كانَ لهُ نصفُ المالِ، ولوْ كانَ أُنثَى كانَ لهُ ثُلُثُ المالِ، فيكونُ لهُ نصفُ النصفِ ونصفُ الثلثِ، فيُحتاجُ إلى حسابٍ لهُ نصفٌ، ولنصْفِهِ نصفٌ وثُلثٌ، ولثُلُثِهِ نصفٌ، وأقلُّ ذلكَ اثْنَا[3] عَشَرَ، ونصفُ نصْفِهِ ثلاثةٌ، ونصفُ ثُلثِهِ اثنانِ، فيكونُ خمسةً مِنِ اثْنَيْ عَشَرَ، والباقي ـ وهو سبعةٌ ـ للابنِ.

---

(١) وقع بالأصل: «حالًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) وقع بالأصل: «اثني». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ر».

إلَّا أنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ الْأَقَلُّ لَوْ قَدَّرْنَاهُ ذَكَرًا، فَحِينَئِذٍ يُعْطَى نَصِيبَ الِابْنِ فِي تِلْكَ الصُّورَةِ لِكَوْنِهِ مُتَيَقَّنًا بِهِ وَهُوَ أَنْ تَكُونَ الْوَرَثَةُ زَوْجًا، وَأُمًّا وَأُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ هِيَ

غاية البيان

وَوجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ: أنَّ استحقاقَ الثلثِ مُتيقَّنٌ، وما زادَ علىٰ ذلكَ غيرُ مُتيقَّنٍ، فلا يَثبُتُ بالشكِّ.

قولُهُ: (إلَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ غَيْرُ ذَلِكَ)، استثناءٌ مِنْ قولِهِ: (وَهُوَ أُنْثَىٰ [٣٥٠/٨م/م] عِنْدَهُ فِي الْمِيرَاثِ)، يعنِي: أنَّ الخُنثَىٰ يُعتبَرُ أُنثَىٰ مِنَ الميرَاثِ عندَ أبي حَنِيفَةَ، إلَّا إذا تَبيَّنَ غيرُ كونِهِ أُنثَىٰ؛ بأنْ يَظهَرَ فيه إحْدَىٰ علاماتِ الذُّكُورَةِ بلا تعارُضٍ، فحينئذٍ يُعتبَرُ ذكرًا.

قولُهُ: (إلَّا أَنْ يُصِيبَهُ الْأَقَلُّ لَوْ قَدَّرْنَاهُ ذَكَرًا، فَحِينَئِذٍ يُعْطَىٰ نَصِيبَ الِابْنِ).

استثناءٌ مِنْ قولِهِ: (فَأَوْجَبْنَا الْمُتَيَقَّنَ قَصْرًا عَلَيْهِ)، يعنِي: أوجَبْنا للخُنثَىٰ مِيرَاثَ الأُنثَىٰ للتيقُّنِ، وما تجاوَزْنا عنهُ بإثباتِ الزيادةِ؛ لأنَّ المالَ لا يجبُ بالشكِّ إلَّا إذا أصابَهُ الأقلُّ علىٰ تقديرِ الذُّكُورَةِ، فحينئذٍ يُعْطَىٰ نصيبَ الذَّكَرِ؛ لكونِهِ أقلَّ للتيقُّنِ بِهِ.

صورتُهُ: زوجٌ وأُمٌّ، وأختٌ لأبٍ وأُمٍّ هي خُنثَىٰ، فللزوجِ النصفُ، وللأُمِّ الثلثُ، فلوْ قَدَّرْنا الخُنثَىٰ أُنثَىٰ؛ يكونُ لها النصفُ، فتَعُولُ المسألةُ إلىٰ ثمانيةٍ، ولوْ قَدَّرْناهُ ذكرًا؛ يكونُ لهُ الباقي مِنْ ستَّةٍ، وهو السدسُ، فيُعطىٰ السُّدُسَ؛ لأنَّهُ أقلُّ مِنَ النصفِ.

وصورةٌ أُخْرَىٰ: امرأةٌ وأخوانِ لأُمٍّ، وأختٌ لأبٍ وأُمٍّ هي خُنثَىٰ، أصلُ المسألةِ: مِنِ اثْنَيْ عَشَرَ، فللمرأةِ: الربعُ، وللأخويْنِ لأُمٍّ: الثلثُ، فلو قَدَّرْنا الخُنثَىٰ ذكرًا؛ يكونُ لهُ الباقي وهو الخمسةُ، ولوْ قَدَّرْناهُ أُنثَىٰ؛ يكونُ لها النصفُ وهو ستَّةٌ، فتَعُولُ المسألةُ إلىٰ ثَلاثَةَ عَشَرَ، فيُعْطَىٰ الخمسةَ؛ لأنَّها أقلُّ مِنَ الستَّةِ.

وإذا كانَ يُحْرَمُ [مِنَ](١) الميرَاثِ علىٰ تقديرِ الذُّكُورَةِ؛ لا يُعطَىٰ شيئًا أصلًا؛ لأنَّهُ أسوأُ حالِهِ، كما إذا تركَتِ المرأةُ زوجًا وأختًا لأبٍ وأُمٍّ، وخُنثَىٰ لأبٍ؛

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

خُنْثَىٰ أَوْ امْرَأَةَ وَأَخَوَيْنِ لِأُمٍّ وَأُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ خُنْثَىٰ. ففي [٣٠٠/ط] في الأولىٰ[1] لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ وَالْبَاقِي لِلْخُنْثَىٰ، وَفِي الثَّانِيَةِ لِلْمَرْأَةِ الرُّبُعُ وَلِلْأَخَوَيْنِ لِأُمٍّ الثُّلُثُ وَالْبَاقِي لِلْخُنْثَىٰ لِأَنَّهُ أَقَلُّ النَّصِيبَيْنِ فِيهِمَا. والله أعلم.

غاية البيان

فللزوجِ: النصفُ، وللأُختِ لأبٍ وأُمٍّ: النصفُ، والمسألةُ مِنْ ستَّةٍ، فللخُنثىٰ[2] ـ علىٰ تقديرِ الأُنوثَةِ ـ: السدسُ، تكملةً للثلثَيْنِ، فتعُولُ المسألةُ إلىٰ سبعةٍ، وعلىٰ تقديرِ الذُّكُورَةِ: لا شيءَ لهُ؛ لأنَّهُ يَأْخُذُ ما يَأْخُذُ حينئذٍ بالعُصوبةِ، ولمْ يَبْقَ لهُ شيءٌ، فلا يُعْطَىٰ شيئًا أصلًا.

ثُمَّ ينبغِي لكَ أنْ تَعْرِفَ: أنَّ الثلاثةَ مِنَ السبعةِ أكثرُ مِنَ الخمسةِ [٣/٥٧٢ظ] مِنَ الاثْنَيْ عَشَرَ؛ لأنَّ الثلاثةَ إذا زِيدَ عليها نصفُ السُّبُعِ؛ تصيرُ نصفَ المالِ، والخمسةُ لا تصيرُ نصفَ المالِ إلَّا بزيادةِ نصفِ السدسِ، وهو سهمٌ، ونصفُ السدسِ أكثرُ مِنْ نصفِ السبعِ، فعلىٰ ما قالَ أبو يوسفَ: يَنْقُصُ مِنْ نصيبِ الخُنثىٰ نصفُ السُّبُعِ، فيكونُ نصيبُهُ علىٰ قولِهِ أكثرَ مِنْ نصيبِهِ علىٰ قوْلِ محمَّدٍ، فافْهَمْ.

أو تَضْرِبُ أحدَ الجُزْأيْنِ في مَخْرَجِ الجُزْءِ الآخَرِ، فتُلْقِي الأقلَّ مِنَ الأكثرِ، فما بَقِيَ تَنْسُبُهُ إلىٰ مبلَغِ ضَرْبِ المَخْرجَيْنِ أحدِهِمَا في الآخَرِ، فما كانَ [٨/٣٥٠ظ/م] فهو التفاوُتُ بينَ الجُزْأيْنِ، فتَضْرِبُ الثلاثةَ في الاثْنَيْ عَشَرَ، يكونُ ستَّةً وثلاثينَ، وتَضْرِبُ الخمسةَ في السبعةِ، يكونُ خمسةً وثلاثينَ، فتُلْقِي الأقلَّ ـ وهو خمسةٌ وثلاثونَ مِنْ ستَّةٍ وثلاثينَ ـ يَبْقَىٰ واحدٌ، فتَنْسُبُهُ إلىٰ ضَرْبِ المَخْرَجَيْنِ ـ وهو السبعةُ في الاثْنَيْ عَشَرَ ـ يكونُ المبلغُ أربعةً وثمانينَ، فيكونُ ذلكَ سهمًا مِنْ أربعةٍ وثمانينَ سهمًا، فهو التفاوُتُ بينَ الجُزْأيْنِ، فافْهَمْ.

---

(١) في الأصل: «الأول».

(٢) وقع بالأصل: «فللانثى». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

مَسَائِلُ شَتَّى

قَالَ: وَإِذَا قُرِئَ عَلَى الْأَخْرَسِ كِتَابُ وَصِيَّتِهِ، فَقِيلَ لَهُ: نَشْهَدُ عَلَيْكَ بِمَا فِي هَذَا الْكِتَابِ؟ فَأَوْمَأَ بِرَأْسِهِ: أَيْ نَعَمْ، أَوْ كَتَبَ[1]، فَإِذَا جَاءَ مِنْ ذَلِكَ مَا يُعْرَفُ أَنَّهُ إِقْرَارٌ؛ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الَّذِي يُعْتَقَلُ لِسَانُهُ.

مَسَائِلُ شَتَّى

قدْ جرَتْ عادةُ المُصنِّفِينَ: أنْ يذكُرُوا في آخرِ الكِتابِ ما شَذَّ ذِكْرُهُ عنهُمْ في الأبوابِ السالفةِ؛ استدراكًا للفائِتِ، ويتَرْجِمونَ تلكَ المسائلَ بـ«مسائلُ شتَّى»، أوْ بـ«مسائلُ متفرقةٌ» ونحوُ ذلكَ، فعَمِلَ المصنِّفُ هنا كذلكَ جَرْيًا على عادتِهِمْ.

قولُهُ: ([قَالَ][2]: وَإِذَا قُرِئَ عَلَى الْأَخْرَسِ كِتَابُ وَصِيَّتِهِ، فَقِيلَ لَهُ: أَنَشْهَدُ عَلَيْكَ بِمَا فِي هَذَا الْكِتَابِ؟ فَأَوْمَأَ بِرَأْسِهِ: أَيْ نَعَمْ، أَوْ كَتَبَ، فَإِذَا جَاءَ مِنْ ذَلِكَ مَا يُعْرَفُ أَنَّهُ إِقْرَارٌ؛ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الَّذِي يُعْتَقَلُ لِسَانُهُ). أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُهُ فيه: «محمَّدٌ، عنْ يعقوبَ، عنْ أبي حَنِيفَةَ: في الأخرسِ يُقْرأُ عليْهِ كتابُ وصيَّةٍ، فيُقالُ: أنشهدُ عليكَ بما في هذِهِ الصحيفةِ؟ فيقولُ برأسِهِ: نعمْ، قالَ: وإذا جاءَ مِنْ ذلكَ ما يُعْرَفُ أنَّهُ إقرارٌ، أوْ كتَبَ[3]؛ فهو جائزٌ، وإذا اعتُقِلَ لسانُ الرَّجُلِ، فقُرِئَتْ عليْهِ وصيتُهُ، وأشارَ برأسِهِ ـ أيْ قالَ: نعمْ ـ أوْ كتَبَ؛ فهو باطلٌ لا يجوزُ»[4]. إلى هنا لفظُ محمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى.

---

(1) في الأصل: «سكت».

(2) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(3) وقع بالأصل: «وكتَبَ». والمثبت من: «ن»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(4) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٣٣].

وقالَ الشَّافِعِيُّ: يجوزُ في الوجهَيْنِ(١). كذا ذَكَرَ قولَهُ فخرُ الإسلامِ وغيرُهُ.

لهُ: أنَّ المُجَوِّزَ هو العجزُ، وقدْ تحَقَّقَ فيهمَا جميعًا، ولا فَرْقَ بينَ العجزِ الأصليِّ والعارِضِيِّ، ألَا ترَىٰ أنَّ الأهْلِيَّ إذا نَدَّ؛ تكونُ ذكاتُهُ ذكاةَ الوحْشِيِّ ذكاةَ ضرورةٍ، لا ذكاةَ اختيارٍ، فكذلكَ هُنا.

ولنَا: أنَّ الإشارةَ إنَّمَا أُقيمَتْ مقامَ النُّطقِ في حقِّ الأخرسِ؛ لحاجتِهِ إلىٰ إظهارِ ما في ضميرِهِ، وعَجْزُهُ عَنِ النُّطْقِ عجزًا لا يُرْجَىٰ زوالُهُ، وكذا كتابتُهُ أُقيمَتْ مقامَ العبارةِ لهذا المعْنَىٰ؛ لأنَّ البيانَ بِالكِتَابِ بمنزلةِ البيانِ بِاللِّسَانِ، إذا كانَ الكِتَابُ مَرْسُومًا مُسْتبِينًا، وفي المريضِ الَّذِي اعتُقِلَ لسانُهُ لمْ يقعِ اليأسُ عنْ عبارتِهِ؛ لاحتمالِ أنْ يَزُولَ ما بِهِ مِنَ المرضِ، فينطَلِقُ لسانُهُ، فلمْ تَقُمْ إشارتُهُ أوْ كتابتُهُ مقامَ العبارةِ؛ لأنَّ عَجْزَهُ عارِضٌ علىٰ شَرَفِ الزوالِ.

ألَا ترَىٰ أنَّ الآيِسَةَ لَمَّا كانَ يأسُهَا مُتحقِّقًا؛ جازَ لها أنْ تَعْتَدَّ بالشهورِ، والَّذِي انقطعَ [٣٥١/٨و/م] حيْضُهَا لا يجوزُ أنْ تَعْتَدَّ بالشهورِ؛ لأنَّهُ يُرْجَىٰ منهَا الحيْضُ [٥٧٣/٣و]، والشيخُ الفَانِي يَفْدِي عنِ الصِّيَامِ بالطعامِ، والمريضُ الَّذِي لا يَقْدِرُ علىٰ الصومِ لا يجوزُ لهُ أنْ يفْدِيَ بالطعامِ؛ لأنَّهُ يُرْجَىٰ منهُ قضاؤُهُ، والشيخُ الفَانِي لا يُرْجَىٰ منهُ القضاءُ؛ حتَّىٰ لوِ امتدَّ الاعتقالُ إلىٰ وَقْتِ الموتِ؛ كانَتْ إشارتُهُ قائمةً مقامَ العبارةِ، وجازَ الإشهادُ عليْهِ؛ لأنَّهُ عَجَزَ عنِ النُّطْقِ علىٰ وَجْهٍ لا يُمْكِنُ زوالُهُ، فصارَ كالأخرسِ.

قالَ الحاكمُ أبو محمَّدٍ الكُفَيْنِيُّ(٢): «رُوِيَ ذلكَ عنْ أبي حَنِيفَةَ، قالوا: وعليهِ

---

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٤٦٠/٦، ٤٦١]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٤٨٩/٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [٣١٧/٦].

(٢) الكُفَيْنِيُّ ـ بضمِّ الكاف، وكَسْر الفاء، وسكون الياء آخر الحروف، وفي آخرها النّون؛ نسبة إلى كُفين، وهي مِن قُرَىٰ بُخارىٰ ـ: هو عبد الله بن محمد، أبو محمد، المعروف بالحاكم. كان فقيهًا فاضلًا. ينظر: «الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [٢٩٦/١]. و«المِرْقَاة الوفيَّة في طبقات=

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ فِي الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّ الْمُجَوِّزَ إِنَّمَا هُوَ الْعَجْزُ وَقَدْ شَمِلَ الْفَصْلَيْنِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْأَصْلِيِّ وَالْعَارِضِيِّ كَالْوَحْشِيِّ وَالْمُتَوَحِّشِ مِنَ الْأَهْلِيِّ فِي حَقِّ الذَّكَاةِ، وَالْفَرْقُ لِأَصْحَابِنَا - رحمهم الله - أَنَّ الْإِشَارَةَ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ إِذَا صَارَتْ مَعْهُودَةً مَعْلُومَةً وَذَلِكَ فِي الْأَخْرَسِ دُونَ الْمُعْتَقَلِ لِسَانُهُ. حَتَّى لَوْ امْتَدَّ ذَلِكَ وَصَارَتْ لَهُ إِشَارَاتٌ مَعْلُومَةٌ قَالُوا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْأَخْرَسِ، وَلِأَنَّ التَّفْرِيطَ جَاءَ مِنْ قِبَلِهِ حَيْثُ أَخَّرَ الْوَصِيَّةَ إِلَى هَذَا الْوَقْتِ، أَمَّا الْأَخْرَسُ فَلَا تَفْرِيطَ مِنْهُ،

غاية البيان

تَوَى، وفي الآبِدَةِ عُرِفَ الحُكْمُ بخلافِ القياسِ بالحديثِ، وهو قولُهُ ﷺ: «إِنَّ لَهَا أَوَابِدَ كَأَوَابِدِ الْوَحْشِ»[1]. فلا يُقاسُ عليْهِ غيرُهُ».

قَوْلُهُ: (فَإِذَا جَاءَ مِنْ ذَلِكَ مَا يُعْرَفُ أَنَّهُ إِقْرَارٌ؛ فَهُوَ جَائِزٌ)، أيْ: إذا ثبتَ مِنْ إيماءِ رأسِ الأخرسِ الَّذِي يُعْرَفُ عادةً أنَّهُ إقرارٌ بالوَصِيَّةِ؛ فهو جائزٌ عليْهِ. أي: الَّذِي يُعْرَفُ مِنْ إقرارِهِ جائزٌ، وإنَّما قَيَّدَ بقولِهِ: (مَا يُعْرَفُ أَنَّهُ إِقْرَارٌ)؛ لأنَّ الإيماءَ بالرأسِ ربَّما يكونُ دلالةً على الإنكارِ، كما إذا حرَّكَ رأسَهُ عَرْضًا، والَّذِي يدلُّ على الإقرارِ: هو التحريكُ مِنْ فوقُ إلى تحتُ طُولًا.

قَوْلُهُ: (يُعْتَقَلُ لِسَانُهُ)، على صيغةِ المبْنِيِّ للمفعولِ، يقالُ: اعتُقِلَ لسانُهُ - بضمِّ التاءِ - إذا حُبِسَ عنِ الكلامِ، ولمْ يقْدِرْ عليْهِ.

قَوْلُهُ: (وَقَدْ شَمِلَ الْفَصْلَيْنِ)، أي: شَمِلَ العجزُ فصْلَيِ الأخرسِ[2] والمريضِ الَّذِي اعتُقِلَ لسانُهُ.

قَوْلُهُ: (وَلِأَنَّ التَّفْرِيطَ جَاءَ مِنْ قِبَلِهِ)، أيْ: التقصيرَ جاءَ مِنْ قِبَلِ المُعْتَقِلِ

= الحنفية» للفَيْرُوزآبادِيّ [ق/٣٤/ أ/مخطوط مكتبة رئيس الكُتّاب - تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٧١)]، و«الطبقات السنيّة» للتميمي [٤/٢٣٨].

(١) مضى تخريجه.

(٢) وقع بالأصل: «فصل الأخرس». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ف٢»، و«غ»، و«ر».

وَلِأَنَّ الْعَارِضِيَّ عَلَىٰ شَرَفِ الزَّوَالِ دُونَ الْأَصْلِيِّ، فَلَا يَنْقَاسَانِ، وَفِي الْآبِدِ عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ.

قَالَ: وَإِذَا كَانَ الْأَخْرَسُ يَكْتُبُ كِتَابًا، أَوْ يُومِئُ إِيمَاءً يُعْرَفُ بِهِ؛ فَإِنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُهُ، وَطَلَاقُهُ، وَبَيْعُهُ، وَشِرَاؤُهُ، وَيُقْتَصُّ[1] مِنْهُ وَلَهُ، وَلَا يُحَدُّ وَلَا يُحَدُّ لَهُ.

لِسانُهُ؛ لأَنَّهُ أَخَّرَ الوَصِيَّةَ إلىٰ وَقْتِ إشرافِ [الموتِ][2]، ولَمْ يُوصِ حينَ كانَ قادرًا علىٰ النُّطْقِ، فلَمَّا كانَ التفريطُ مِنْ قِبَلِهِ لَمْ يكنْ عَجْزُهُ عنِ النُّطْقِ وَقْتَ الوَصِيَّةِ عُذرًا.

قولُهُ: (وَلِأَنَّ الْعَارِضِيَّ عَلَىٰ شَرَفِ الزَّوَالِ دُونَ الْأَصْلِيِّ، فَلَا يَنْقَاسَانِ)، يعنِي: أنَّ العجزَ عنِ النُّطْقِ في المُعْتَقَلِ لسانُهُ عارِضِيٌّ، وفي الأخرسِ أصْلِيٌّ، فلا يجوزُ قياسُ العارِضِيِّ علىٰ الأصليِّ؛ لأنَّ شرْطَ القياسِ المُماثَلةُ بينَ المَقِيسِ والمَقِيسِ عليْهِ، ولمْ يُوجَدْ.

قولُهُ: (قَالَ: وَإِذَا كَانَ الْأَخْرَسُ يَكْتُبُ كِتَابًا، أَوْ يُومِئُ[3] إِيمَاءً يُعْرَفُ بِهِ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُهُ، وَطَلَاقُهُ، وَبَيْعُهُ، وَشِرَاؤُهُ، وَيُقْتَصُّ مِنْهُ وَلَهُ، وَلَا يُحَدُّ وَلَا يُحَدُّ لَهُ)، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[4].

ومعْنَىٰ قولِهِ: (لَا يُحَدُّ)، أيْ: لا يُحَدُّ الأخرسُ إذا كانَ قاذِفًا، ومعنَىٰ قولِهِ: (وَلَا يُحَدُّ لَهُ)، أيْ: إذا كانَ الأخرسُ مَقْذوفًا.

أَمَّا الكِتَابَةُ: فإنَّها إنَّما جُعِلَتْ مقامَ العبارةِ في حقِّ الغائبِ للعجْزِ عنِ النُّطْقِ بِاللِّسانِ [٨/٣٥١ط/م]، والعجْزُ في حقِّ الأخرسِ أَلْزَمُ؛ لأنَّهُ لا يُرْجَىٰ زوالُهُ، فكانتْ قائمةً مقامَ العبارةِ، بلِ بالطريقِ الأَوْلَىٰ؛ لأنَّ الغائبَ يجوزُ أنْ يَحْضُرَ فَيَنْطِقَ

(١) في الأصل: «ويقبض».
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٣) وقع بالأصل: «ويُومِئُ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».
(٤) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٣٣ ـ ٥٣٤].

بلسانِهِ، والأخرسُ لا يُمْكِنُهُ النُّطْقُ ولا يُرْجَىٰ منهُ ذلكَ، وفي الكِتَابِ تفصيلٌ نُبَيِّنُهُ بعدَ هذا إنْ شاءَ اللهُ تعالَىٰ.

وأمَّا الإشارةُ: فجُعِلَتْ حُجَّةً قائمةً مقامَ النُّطْقِ في حقِّ الأخرسِ؛ لتحقُّقِ الحاجةِ إلىٰ ذلكَ في حقِّ حقوقِ العبادِ؛ لأنَّ إقامةَ الأحكامِ علىٰ الإشارةِ أمْرٌ لا بُدَّ منهُ، وقدْ ذُكِرَ في كتابِ الإقرارِ: أنَّ الكِتَابَ مِنَ الغائبِ ليسَ بحُجَّةٍ في قِصَاصٍ يجبُ عليْهِ.

قالُوا: ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ هنا كذلكَ، حتَّىٰ لا يكونَ الكِتَابُ حُجَّةً علىٰ [٢/٣٧٥ظ] الأخرسِ في قِصَاصٍ يَجِبُ عليْهِ، فيكونُ في مسألةِ الأخرسِ روايتانِ: علىٰ روايةِ «الجامعِ الصغيرِ»: يجبُ القِصَاصُ عليْهِ بِالكِتَابَةِ[1]، وعلىٰ روايةِ كتابِ الإقرارِ: لا يَجِبُ القِصَاصُ، ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ الأخرسُ مُفارِقًا للغائِبِ، بأنْ يَجِبَ القِصَاصُ علىٰ الأخرسِ بِالكِتَابِ، ولا يَجِبُ علىٰ الغائبِ بِالكِتَابِ.

قالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «وهذا هو الأشبهُ في مسألتِنا».

والفرقُ بينَ الغائبِ والأخرسِ: أنَّ في الغائبِ يُمْكِنُ الوصولُ إلىٰ نُطْقِهِ، فلمْ يُعْتَبَرْ كتابُهُ في القِصَاصِ، ولا يُمْكِنُ الوصولُ إلىٰ نُطْقِ الأخرسِ، فوَجَبَ عليْهِ القِصَاصُ بكتابِهِ، ولا يُحَدُّ الأخرسُ في حَدِّ القذفِ، ولا في غيرِهِ؛ لأنَّ الحَدَّ لمْ يُشْرَعْ إلَّا بصريحِ القذفِ، وفي غيرِ الصريحِ شُبْهَةٌ، والحدودُ تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، والإشارةُ والكِتَابَةُ مِنَ الأخرسِ بمنزلةِ ما ليسَ بصريحٍ مِنَ الناطقِ، فلا يَثْبُتُ بِهِ الحَدُّ، ولأنَّ إقامةَ إشارةِ الأخرسِ وكتابتَهُ مقامَ النُّطْقِ أمْرٌ ضروريٌّ ثبتَ دَفْعًا للحاجةِ، ولا يُقامُ الحَدُّ بالضروريات.

---

(١) وقع بالأصل: «بالكتاب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

....

غاية البيان

ولا يُحَدُّ لهُ لوْ قَذَفَهُ غيرُهُ؛ لاحتمالِ التصديقِ منهُ؛ لأنَّ الساكتَ قدْ يُضمِرُ التصديقَ، وإنَّما يَبْطُلُ التصديقُ بإشارتِهِ وكتابتِهِ، وكلُّ منهُمَا أمْرٌ ضروريٌّ، فيَبقَى شُبْهَةُ التصديقِ.

والفرقُ بينَ الحَدِّ والقِصَاصِ: حيثُ لا يُقامُ الحَدُّ بإشارةِ الأخرسِ وكتابتِهِ، وكلٌّ منهُمَا أمْرٌ ضروريٌّ، وكلٌّ منهُمَا أمْرٌ ضروريٌّ، ويُقامُ القِصَاصُ: أنَّ الحَدَّ لا يُقامُ إلَّا ببيانٍ لا شُبْهَةَ فيهِ(١)، ألَا ترَىٰ أنَّ الشهادةَ بالوطءِ الحرامِ والإقرارِ بِهِ لا يُوجِبُ الحَدَّ، والقِصَاصُ يُقامُ بالشهادةِ، أوِ الإقرارِ بمُطْلَقِ القَتْلِ، وإنْ لمْ يوجدِ [٣٥٢/٨و/م] التصريحُ بالعَمْدِ.

وحاصِلُهُ: أنَّ القِصَاصَ فيه معْنَىٰ العوضيَّةِ لشرعِهِ جائزًا للفائتِ، فثَبَتَ معَ الشُّبْهَةِ كما في سائرِ المُعاوضاتِ، بخلافِ الحدودِ؛ لأنَّهَا شُرِعَتْ زواجِرَ حقًّا للهِ تعالَىٰ، ليسَ فيهَا معْنَىٰ العِوَضِ، فلمْ تَثْبُتْ معَ الشُّبْهَةِ؛ لعدمِ الحاجةِ إلىٰ إثباتِهَا؛ لأنَّ الحدودَ يُحتالُ في دَرْئِهَا لا في إثباتِهَا.

قالُوا: ودلَّتِ المسألةُ علىٰ أنَّ الإشارةَ مُعتبرَةٌ، وإنْ كانَ قادرًا علىٰ الكِتَابَةِ؛ لأنَّ محمَّدًا جمَعَ بينهُمَا فقالَ: إذا كانَ الأخرسُ يكْتُبُ أوْ يُومِئُ، بخلافِ ما توهَّمَهُ بعضُ مشايخِنَا: أنَّ الكِتَابَةَ إذا قَدَرَ عليْهَا لمْ تُعْتَبَرِ الإشارةُ، قالَ: لأنَّ الإشارةَ حُجَّةٌ ضروريَّةٌ، ولا ضرورةَ معَ القدرةِ علىٰ الكِتَابَةِ.

فنقولُ: كلاهُمَا حُجَّةٌ ضروريَّةٌ، يَثْبُتُ حُجَّيَّتُهما عندَ العجزِ عنِ البيانِ، وهما مُستويانِ؛ لأنَّ في الكِتَابَةِ زيادةُ بيانٍ؛ لأنَّ البيانَ يَحْصُلُ بها حِسًّا وعيَانًا، بخلافِ الإشارةِ، فإنَّ فيهَا احتمالًا، وفي الإشارةِ زيادةُ أمْرٍ لا يُوجَدُ ذلكَ في الكِتَابَةِ؛ لأنَّ

---

(١) وقع بالأصل: «ويقام القِصَاص أن الحَدَّ لإبقاء حينئذٍ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

الإشارةَ أقربُ إلىٰ النُّطقِ مِنْ آثارِ الأقْلامِ.

بيانُهُ: أنَّ العِلْمَ الحاصلَ بالكِتابَةِ يحْصُلُ بآثارِ الأقلامِ، وهي منفصلةٌ عنِ الكاتبِ، والعلْمُ الحاصلُ بالإشارةِ يحْصُلُ بما هو مُتَّصِلٌ بِهِ، وهو رأسُهُ، فكانَ المتَّصِلُ بالشخصِ أقربَ إليْهِ مِنَ المنفصلِ.

أمَّا قولُهُ: (لَا تُعْتَبَرُ الْإِشَارَةُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَىٰ الْكِتَابَةِ)، فممنوعٌ؛ لأنَّ الإشارةَ تُعتبرُ معَ القدرةِ على البيانِ مِنْ كلِّ وَجْهٍ، وهو النُّطْقُ، ومعَ القدرةِ على الكِتابَةِ أَوْلَىٰ.

ألَا ترَىٰ إلىٰ ما قالَ البُخَارِيُّ في «الصحيح» في بابِ الإشارةِ في الطَّلَاقِ والأمورِ: قَالَ [٣/٥٧٤و] ابْنُ عُمَرَ: «قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «لَا يُعَذِّبُ اللهُ بِدَمْعِ العَيْنِ، وَلَكِنْ يُعَذِّبُ بِهَذَا». وَأَشَارَ إِلَىٰ لِسَانِهِ»[1].

وقالَ فيهِ أيضًا: وَقَالَ أَنَسٌ: «أَوْمَأَ النَّبِيُّ ﷺ بِيَدِهِ إِلَىٰ أَبِي بَكْرٍ أَنْ يَتَقَدَّمَ»[2].

وقالَ فيهِ أيضًا: وَقَالَ أَبُو قَتَادَةَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ فِي الصَّيْدِ لِلْمُحْرِمِ: «أَحَدٌ مِنْكُمْ أَمَرَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ، أَوْ أَشَارَ إِلَيْه؟». قَالُوا: لَا، قَالَ: «فَكُلُوا»[3].

---

(١) علَّقه: البخاري في كتاب الطلاق/باب الإشارة في الطلاق والأمور [٥/٢٠٢٧]، ووصله في كتاب الجنائز/باب البكاء عند المريض [رقم/١٢٤٢]، ومسلم في كتاب الجنائز/باب البكاء على الميت [رقم/٩٢٤]، من حديث ابْن عُمَرَ ﷺ به.

(٢) علَّقه: البخاري في كتاب الطلاق/باب الإشارة في الطلاق والأمور [٥/٢٠٢٧]، ووصله في كتاب الجماعة والإمامة/باب أهل العلم والفضل أحق بالإمامة [رقم/٦٤٩]، ومسلم في كتاب الصلاة/باب استخلاف الإمام إذا عرض له عُذر من مرض وسفر وغيرهما من يصلي بالناس [رقم/٤١٩]، من حديث أنس ﷺ به.

(٣) علَّقه: البخاري في كتاب الطلاق/باب الإشارة في الطلاق والأمور [٥/٢٠٢٧]، ووصله في أبواب الإحصار وجزاء الصيد/باب لا يشير المحرم إلى الصيد لكي يصطاده الحلال [رقم/١٧٢٨]، ومسلم في كتاب الحج/باب تحريم الصيد للمحرم [رقم/١١٩٦]، من حديث أبي قتادة ﷺ به.

وفيه أيضًا: بإسناده إلى عكرمة، عن ابن عباس، قال: «طاف رسول الله ﷺ على بعيره، وكان كلما أتى إلى الركن، أشار إليه وكبَّر»[1].

وفيه أيضًا: بإسناده إلى عبد الله بن دينار، عن ابن عمر، قال: «سمعت النبي ﷺ [٨/٣٢٢/ب] يقول: «الفتنة من هاهنا» وأشار إلى المشرق»[2].

وفيه أيضًا: بإسناده إلى عبد الله بن أبي أوفى، قال: كنا في سفر مع رسول الله ﷺ، فلما غربت الشمس، قال لرجل: «انزل فاجدح[3] لي». قال: يا رسول الله، لو أمسيت. ثم قال: «انزل فاجدح». فقال: يا رسول الله إن عليك نهارًا. ثم قال: «انزل فاجدح». فنزل فجدح[4] له في الثالثة، فشرب رسول الله ﷺ، ثم أومأ بيده إلى المشرق، فقال: «إذا رأيتم الليل قد أقبل من هاهنا، فقد أفطر الصائم»[5].

وقال البخاري أيضًا في كتاب الصوم من «الصحيح»: بإسناده إلى ابن عمر قال: «قال رسول الله ﷺ: «الشهر هكذا وهكذا وهكذا» وخنس الإبهام في الثالثة»[6].

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق/باب الإشارة في الطلاق والأمور [رقم/٤٩٨٧]، وأحمد في «المسند» [١/٢٦٤]، من حديث عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنه به.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق/باب الإشارة في الطلاق والأمور [رقم/٤٩٩٠]، وأحمد في «المسند» [٢/٢٣] من حديث عبد الله بن دينار، عن ابن عمر رضي الله عنه به.

(٣) أي: اخلط السويق بالماء، أو اللبن بالماء، وحركه لأفطر عليه. فالجدح: هو أن يخاض السويق بالماء، ويحرك حتى يستوي. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [١/٢٤٣/ مادة جدح] و«إرشاد الساري» للقسطلاني [٣/٣٨٣].

(٤) وقع بالأصل في هذه الكلمة ومثيلاتها التي قبلها: «فجدع» بالعين في آخره. والمثبت من «ن»، و«م»، و«ط٢»، و«ع»، و«ر».

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق/باب الإشارة في الطلاق والأمور [رقم/٤٩٩١]، ومسلم في كتاب الصيام/باب بيان وقت انقضاء الصوم وخروج النهار [رقم/١١٠١]، من حديث عبد الله بن أبي أوفى رضي الله عنه به.

(٦) مضى تخريجه.

. . . .

وقولُه: «خَنَسَ»، أي: قَبَضَ، والانخناسُ: الانقباضُ. ذكَرَهُ الخَطَّابيُّ في «شرْحِهِ»[1].

وقالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في «شرحِ الكافي»: «وإذا طَلَّقَ الأخرسُ امرأتَهُ في كتابِهِ، وهو يكْتُبُ؛ جازَ عليْهِ ما يجوزُ مِنْ ذلكَ على الصحيحِ في كتابِهِ؛ لأنَّ الأخرسَ عاجزٌ عنِ الكلامِ، وهو قادرٌ على الكِتَابِ، فهو والصحيحُ في الكِتَابِ سواءٌ.

والأصلُ: أنَّ البيانَ بِالكِتَابِ مثلُ البيانِ بِاللِّسَانِ؛ لأنَّ المكتوبَ حروفٌ منظومةٌ تدلُّ على معْنًى مفهومٍ كالكلامِ، ألَا ترَى أنَّ النبيَّ ﷺ كانَ مأمورًا بتبليغِ الرسالةِ، وقدْ بلَّغَ تارةً بِالكِتَابَةِ، وتارةً بِاللِّسَانِ.

ثُمَّ الكِتَابُ على ثلاثةِ أوجهٍ:

إحداها: أنْ يَكْتُبَ طلاقًا، أوْ عَتاقًا على ما لا يَسْتَبِينُ فيه الخطُّ كالهواءِ والماءِ، فلا يقعُ بِهِ شيءٌ، نوَى أوْ لمْ يَنْوِ؛ لأنَّ مثلَ هذِهِ الكِتَابَةِ كصوتٍ لا يَسْتَبِينُ منه حروفٌ، ولو وقَعَ الطَّلَاقُ؛ لوقعَ بمجرَّدِ نِيَّتِهِ، وذلكَ لا يجوزُ.

والثاني: أنْ يَكْتُبَ طَلاقَ امرأتِهِ على ما يَسْتَبِينُ فيه الخطُّ، ولكنْ لا على رَسْمِ كتابِ الرسالةِ، فهذا يُنَوَّى فيهِ؛ لأنَّ مِثْلَ هذِهِ الكِتَابَةِ قدْ تكونُ للإيقاعِ، وقدْ تكونُ لتجربةِ الخطِّ، والقلمِ، [والبياضِ][2]، فيُنَوَّى فيه حينئذٍ، كما في الألفاظِ الَّتِي تُشْبِهُ الطَّلَاقَ، فإنْ كانَ صحيحًا يُبَيِّنُ نِيَّتَهُ بلسانِهِ، وإنْ كانَ أخرسَ يُبَيِّنُ نِيَّتَهُ بكتابِهِ.

والثالثُ: أنْ يَكْتُبَ على رَسْمِ كتابِ الرسالةِ طلاقَ امرأتِهِ، أوْ عَتَاقَ عبْدِهِ،

---

(١) ينظر: «أعلام الحديث في شرح صحيح البخاري» للخطابي [٢/٩٥١].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «المبسوط» للسرخسيِّ.

وأما الكتابة: فإنها ممن أتى[1] بِمَنْزِلَةِ الْخِطَابِ مِمَّنْ دَنَا؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - أَدَّىٰ وَاجِبَ التَّبْلِيغِ مَرَّةً بِالْعِبَارَةِ وَتَارَةً بِالْكِتَابَةِ إِلَىٰ الْغُيَّبِ، وَالْمُجَوِّزُ فِي حَقِّ الْغَائِبِ الْعَجْزُ وَهُوَ فِي حَقِّ الْأَخْرَسِ أَظْهَرُ وَأَلْزَمُ.

غاية البيان

فيقعُ الطَّلَاقُ والعَتاقُ بهذا في القضاءِ[2].

وإنْ قالَ: عنيْتُ بِهِ تجربةَ الخطِّ؛ لا يُدَيَّنُ في القضاءِ؛ لأنَّهُ خلافُ الظاهِرِ، وهو نظيرُ ما لوْ [٣٥٣/٨و/م] قالَ في قولِهِ: أنتِ طالقٌ؛ عَنَيْتُ الطَّلَاقَ مِنْ وثاقٍ، ثُمَّ يُنْظَرُ إلى المكتوبِ: فإنْ كانَ كَتَبَ: امرأتُهُ طالِقٌ؛ فهِيَ طالقٌ[3]، سواءٌ بعَثَ إليها الكِتَابَ، أوْ [٣/٥٧٤ظ] لمْ يَبْعَثْ، وإنْ كانَ المكتوبُ: إذا وصلَ إليكِ كتابِي فأنتِ طالقٌ، فما لمْ يَصِلْ إليهَا لا يقعُ الطَّلَاقُ؛ لأنَّهُ عَلَّقَ بالشرطِ حالةَ الكِتَابَةِ، فيُعتبَرُ بما لوْ علَّقَهُ حالةَ العبارةِ.

وإنْ نَدِمَ[4] على ذلكَ فمَحا ذِكْرَ الطَّلَاقِ مِنْ كتابِهِ، وترَكَ ما سِوَىٰ ذلكَ، وبعثَ بِالكِتَابِ إليها؛ فهِيَ طالقٌ إذا وصلَ إليها الكِتَابُ؛ لوجودِ الشرطِ، ومَحْوُهُ[5] الطَّلَاقَ كرجوعِهِ عنِ التعليقِ، وإنْ محَا الخطوطَ كلَّهَا، وبعثَ بالبَيَاضِ إليْهَا؛ لمْ تَطْلُقْ؛ لأنَّ الشرطَ لمْ يُوجدْ، فإنَّ ما وصلَ إليها ليسَ بكتابٍ، ولو جَحَدَ الزوجُ الكِتَابَ، وقامَتْ عليْهِ البَيِّنَةُ أنَّهُ كتَبَهُ بيدِهِ؛ فُرِّقَ بينهُمَا في القضاءِ؛ لأنَّ الثابتَ

---

(١) في (ط): «نأى».

(٢) وقع بالأصل: «في الطَّلَاق». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «المبسوط» للسرخسيِّ.

(٣) وقع بالأصل: «فهي طلاق». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «المبسوط» للسرخسيِّ.

(٤) وقع بالأصل: «وإن لم يندم». والمثبت من: «م»، و«فا٢». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «المبسوط» للسرخسيِّ.

(٥) وقع بالأصل: «ونحوه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «المبسوط» للسرخسيِّ.

ثُمَّ الْكِتَابُ عَلَىٰ ثَلَاثِ مَرَاتِبَ: مُسْتَبِينٌ مَرْسُومٌ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النُّطْقِ فِي الْغَائِبِ وَالْحَاضِرِ عَلَىٰ مَا قَالُوا. وَمُسْتَبِينٌ غَيْرُ مَرْسُومٍ كَالْكِتَابَةِ عَلَى الْجِدَارِ

غاية البيان

بالبَيِّنةِ عليهِ كالثابتِ بالإقرارِ.

وإنْ كانَ الأخرسُ لا يَكْتُبُ، وكانَتْ لهُ إشارةٌ تُعْرَفُ في نكاحِهِ، وطلاقِهِ، وشرائِهِ، وبَيْعِهِ؛ فهو جائزٌ استحسانًا.

وفي القياسِ: لا يقعُ شيءٌ مِنْ ذلكَ بإشارتِهِ؛ لأنَّهُ لا يَسْتَبِينُ مِنَ الإشارةِ حروفٌ منظومةٌ؛ فبَقِيَ مجرَّدُ قَصْدِ الإيقاعِ؛ ولهذا لا يقعُ.

ألَا ترَىٰ أنَّ الصحيحَ لوْ أشارَ لمْ يقَعْ شيءٌ مِنَ التصرُّفاتِ بإشارتِهِ، ولكنَّهُ استحسنَ، فقالَ: الإشارةُ مِنَ الأخرسِ[1] كالعبارةِ مِنَ الناطقِ، ألَا ترَىٰ أنَّ في العباداتِ جُعِلَ هكذا حتَّىٰ إذا حرَّكَ شفتَيْهِ بالتكبيرِ والقراءةِ؛ جُعِلَ ذلكَ بمنزلةِ القراءةِ مِنَ الناطقِ، فهكذا في المُعاملاتِ، وهذا لأجْلِ الضَّرُورَةِ؛ لأنَّهُ محتاجٌ إلىٰ ما يحتاجُ إليْهِ الناطقُ، فلو لمْ تُجْعَلْ إشارتُهُ كعبارةِ الناطقِ؛ أدَّىٰ إلىٰ أنْ يَمُوتَ جُوعًا، وهذه الضَّرُورَةُ لا تتحَقَّقُ في حقِّ الناطقِ.

ولهذا قلنَا: المريضُ وإنِ اعتُقِلَ لسانُهُ لا يَنْفُذُ تصرُّفُهُ بإشارتِهِ؛ لأنَّهُ لمْ يقعِ اليأسُ عنْ نُطْقِهِ، وإقامةُ الإشارةِ مقامَ العبارةِ عندَ وقوعِ اليأسِ عنِ النُّطْقِ: للضَّرُورَةِ، وإنْ لمْ تكنْ لهُ إشارةٌ معروفةٌ يُعْرَفُ ذلكَ منهُ، أوْ يُشَكُّ فيه؛ فهو باطلٌ؛ لأنَّهُ لا يُوقَفُ علىٰ مُرادِهِ بمِثْلِ هذِهِ الإشارةِ؛ فلا يجوزُ الحُكْمُ بهذا»[2]. كذا ذَكَرَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في بابِ طلاقِ الأخرسِ في «شرحِ الكافي».

قولُهُ [٨/٣٥٣ظ/م]: (مُسْتَبِينٌ مَرْسُومٌ).

---

[1] وقع بالأصل: «في الأخرس». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«قا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لما وقع في: «المبسوط» للسرخسيِّ.

[2] ينظر: «المبسوط» للسَّرْخَسِيِّ [١٤٣/٦، ١٤٤].

وَأَوْرَاقِ الْأَشْجَارِ، فَيَنْوِيْ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الكناية[١] فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ.

وَغَيْرُ مُسْتَبِينٍ كَالْكِتَابَةِ عَلَىٰ الْهَوَاءِ وَالْمَاءِ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ كَلَامٍ غَيْرِ مَسْمُوعٍ فَلَا يَثْبُتُ بِهِ الْحُكْمُ.

وَأَمَّا الْإِشَارَةُ فَجُعِلَتْ حُجَّةً فِي حَقِّ الْأَخْرَسِ فِي حَقِّ هَذِهِ الْأَحْكَامِ لِلْحَاجَةِ إِلَىٰ ذَلِكَ لِأَنَّهَا مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ وَلَا تَخْتَصُّ بِلَفْظٍ دُونَ لَفْظٍ، وَقَدْ تَثْبُتُ بِدُونِ اللَّفْظِ. وَالْقِصَاصُ حَقُّ الْعَبْدِ أَيْضًا، وَلَا حَاجَةَ إِلَىٰ الْحُدُودِ لِأَنَّهَا حَقُّ اللهِ تَعَالَىٰ، وَلِأَنَّهَا تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، وَلَعَلَّهُ كَانَ مُصَدِّقًا لِلْقَاذِفِ فَلَا يُحَدُّ لِلشُّبْهَةِ، وَلَا يُحَدُّ أَيْضًا بِالْإِشَارَةِ فِي الْقَذْفِ لِانْعِدَامِ الْقَذْفِ صَرِيحًا وَهُوَ الشَّرْطُ.

أرادَ بالمرسومِ: المُعَنْوَنَ، وهو المُصَدَّرُ بالعنوانِ، والعنوانُ: أنْ يُكْتَبَ في صَدْرِ الكِتَابِ: مِنْ فُلانِ بنِ فُلانٍ [بنِ فُلانٍ][٢]، إلىٰ فُلانِ بنِ فُلانٍ [بنِ فُلانٍ][٣].

قولُهُ: (يُنَوَّىٰ فِيهِ)، أي: يُطْلَبُ منه النِّيَّةُ فيه.

قولُهُ: (بِمَنْزِلَةِ صَرِيحِ[٤] الكِنَايَةِ)، أي: بمنزلةِ كنايةٍ قوليةٍ، كقولِهِ: أنتِ بائنٌ.

قولُهُ: (وَلَا تَخْتَصُّ بِلَفْظٍ دُونَ لَفْظٍ، وَقَدْ تَثْبُتُ بِدُونِ اللَّفْظِ)، يعني: أنَّ هذهِ التصرُّفاتِ مِنَ النِّكَاحِ، والطَّلَاقِ، والبيعِ، والشراءِ لا تَتَعَلَّقُ بلفظٍ خاصٍّ، بلْ تَثْبُتُ بألفاظٍ كثيرةٍ، وتَثْبُتُ بِفِعْلٍ يدلُّ على القولِ، فكذا يَجِبُ أنْ تَثْبُتَ بالإشارةِ لحاجةِ الأخرسِ إلىٰ ذلكَ، وكذا ظهورُ القتلِ لا يَخْتَصُّ بلفظٍ خاصٍّ، فيجبُ أنْ يَثْبُتَ بالإشارةِ.

---

(١) في الأصل: «الكتابة».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٤) وقع بالأصل: «صَحِيح». والمثبت من: «م»، و«فا٢»، و«غ».

ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ أَنَّ الْحَدَّ لَا يَثْبُتُ بِبَيَانٍ فِيهِ شُبْهَةٌ ؛ أَلَا [ترى][1] أَنَّهُمْ لَوْ شَهِدُوا بِالْوَطْءِ الْحَرَامِ أَوْ أَقَرَّ بِالْوَطْءِ الْحَرَامِ لَا يَجِبُ الْحَدُّ ، وَلَوْ شَهِدُوا بِالْقَتْلِ الْمُطْلَقِ أَوْ أَقَرَّ بِمُطْلَقِ الْقَتْلِ يَجِبُ الْقِصَاصُ وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ [٢٠١/و] التَّعَمُّدِ ، وَهَذَا لِأَنَّ الْقِصَاصَ فِيهِ مَعْنَى الْعِوَضِيَّةِ لِأَنَّهُ شُرِعَ جَابِرًا فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ مَعَ الشُّبْهَةِ كَسَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ الَّتِي هِيَ حَقُّ الْعَبْدِ.

أَمَّا الْحُدُودُ الْخَالِصَةُ لِلَّهِ تَعَالَى فَشُرِعَتْ زَوَاجِرَ وَلَيْسَ فِيهَا مَعْنَى الْعِوَضِيَّةِ فَلَا تَثْبُتُ مَعَ الشُّبْهَةِ لِعَدَمِ الْحَاجَةِ.

وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ أَنَّ الْكِتَابَ مِنَ الْغَائِبِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي قِصَاصٍ يَجِبُ عَلَيْهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْجَوَابُ هُنَا كَذَلِكَ فَيَكُونُ فِيهَا رِوَايَتَانِ ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُفَارِقًا لِذَلِكَ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ الْوُصُولُ إِلَى نُطْقِ الْغَائِبِ فِي الْجُمْلَةِ لِقِيَامِ أَهْلِيَّةِ النُّطْقِ ، وَلَا كَذَلِكَ الْأَخْرَسُ لِتَعَذُّرِ الْوُصُولِ إِلَى النُّطْقِ لِلْآفَةِ الْمَانِعَةِ ، وَدَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الْإِشَارَةَ مُعْتَبَرَةٌ وَإِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكِتَابَةِ ، بِخِلَافِ مَا تَوَهَّمَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا أنه [لَا] تُعْتَبَرُ الْإِشَارَةُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْكِتَابَةِ ؛

غاية البيان

قولُهُ: (فَيَكُونُ فيهَا رِوَايَتَانِ) ، أيْ: في مسألةِ الأخرسِ ، على الاعتبارِ: روايةُ كتابِ «الجامع الصغيرِ»: يجبُ عليْهِ القِصَاصُ بِالكِتَابَةِ ، وعلى روايةِ كتابِ الإقرارِ في الغائبِ: لا يَجِبُ على الأخرسِ القِصَاصُ بِالكِتَابَةِ.

وقالَ بعضُهُمْ: «فيهِمَا». بضميرِ[2] التثْنِيةِ ، أيْ: في الأخرسِ ، والغائبِ غيرِ الأخرسِ ، وذاكَ [٣/٥٧٥و] ليسَ بشيءٍ ؛ لأنَّهُ لمْ تَثْبُتِ الروايتانِ في الغائبِ ، بلْ فيهِ روايةُ كتابِ الإقرارِ فحسبُ: ولا يَجِبُ عليْهِ القِصَاصُ بِالكِتَابَةِ.

---

(١) ليس في الأصل.

(٢) وقع بالأصل: «ضمير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

لِأَنَّهُ حُجَّةٌ ضَرُورِيَّةٌ، وَلَا ضَرُورَةَ؛ لأنه جمع بَيْنَهُما هُنا فَقَالَ: أَشَارَ أَوْ كَتَبَ، وَإِنَّمَا اسْتَوَيَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُجَّةٌ ضَرُورِيَّةٌ، وَفِي الْكِتَابَةِ[1] زِيَادَةُ بَيَانٍ لَمْ يُوجَدْ فِي الْإِشَارَةِ، وَفِي الْإِشَارَةِ زِيَادَةُ أَثَرٍ لَمْ يُوجَدْ فِي الْكِتَابِ لَمَّا أَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى النُّطْقِ مِنْ آثَارِ الْأَقْلَامِ فَاسْتَوَيَا وَكَذَا الَّذِي صَمَتَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ لِعَارِضٍ لِمَا بَيَّنَّا فِي الْمُعْتَقَلِ لِسَانُهُ أَنَّ آلَةَ النُّطْقِ قَائِمَةٌ، وَقِيلَ هَذَا تَفْسِيرٌ لِمُعْتَقَلِ اللِّسَانِ.

غاية البيان

قولُهُ: (لِأَنَّهُ جَمَعَ هُنا بَيْنَهُمَا)، أيْ: جمَعَ في «الجامع الصغيرِ» بينَ الإشارةِ والكِتَابَةِ، وهذا دليلٌ لقولِهِ: (وَدَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الْإِشَارَةَ مُعْتَبَرَةٌ، وَإِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكِتَابَةِ).

ولنا في دعْوَى الجمعِ بينهُمَا نَظَرٌ؛ لأنَّهُ قالَ في «الجامع الصغيرِ»: «وإذا كانَ الأخرسُ يَكْتُبُ أوْ يُومِئُ»[2]. وكلمةُ «أوْ» لأحدِ الشيئَيْنِ، لا للجمْعِ.

على أنَّا نقولُ: قالَ في «الأصلِ»: «وإنْ كانَ الأخرسُ لا يَكْتُبُ، وكانَتْ لهُ إشارةٌ تُعْرَفُ في نكاحِهِ، وطلاقِهِ، وشرائِهِ، وبَيْعِهِ؛ فهو جائزٌ»[3].

فيُعْلَمُ مِنْ إشارةِ روايةِ «الأصلِ»: أنَّ الإشارةَ مِنَ الأخرسِ لا تُعْتَبَرُ معَ القُدرةِ على الكِتَابَةِ؛ لأنَّهُ بَيَّنَ حُكْمَ إشارةِ الأخرسِ بشَرْطِ ألَّا يَكْتُبَ، فافْهَمْ.

قولُهُ: (وَكَذَا الَّذِي صَمَتَ [يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ)، أيِ: الَّذِي صَمَتَ][4] يومًا أوْ يومَيْنِ بعارِضٍ مِنَ العوارضِ، فأشارَ برأسِهِ، أوْ كَتَبَ؛ لا يقومُ ذلكَ مقامَ النُّطْقِ؛ لأنَّهُ لمْ يقعِ اليأسُ عنِ النُّطْقِ كما في مُعْتَقَلِ اللِّسانِ، وهذا معْنَى قولِهِ: (لِمَا بَيَّنَّا فِي الْمُعْتَقِلِ لِسَانُهُ)، وقيلَ: هذِهِ تفسيرٌ لمُعْتَقَلِ اللسانِ. كذا قالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ

(١) في الأصل: «الكتاب».
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٣٣].
(٣) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٥١٧/٤/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

وَإِذَا كَانَ الْغَنَمُ مَذْبُوحَةً، وَفِيهَا مَيْتَةٌ، فَإِنْ كَانَتِ الْمَذْبُوحَةُ أَكْثَرَ؛ تَحَرَّىٰ فِيهَا وَأَكَلَ، وَإِنْ كَانَتِ الْمَيْتَةُ أَكْثَرَ، أَوْ كَانَا نِصْفَيْنِ؛ لَمْ يَأْكُلْ وَهَذَا إِذَا كَانَتْ

في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ» حيثُ قالَ فيه: «وهو تأويلُ ما سَبَقَ ذِكْرُهُ في الَّذِي اعتُقِلَ [٨/٣٥٤و/م] لسانُهُ».

قولُهُ: (قَالَ: وَإِذَا كَانَ الْغَنَمُ مَذْبُوحَةً، وَفِيهَا مَيْتَةٌ، فَإِنْ كَانَتِ الْمَذْبُوحَةُ أَكْثَرَ؛ تَحَرَّىٰ فِيهَا وَأَكَلَ، وَإِنْ كَانَتِ الْمَيْتَةُ أَكْثَرَ، أَوْ كَانَا نِصْفَيْنِ؛ لَمْ يَأْكُلْ)، أيْ: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[١].

قالُوا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ»: هذا في حالِ الاختيارِ، وهو أنَّهُ يَجِدُ ذَكِيَّةً أُخرَىٰ بيقينٍ.

فأمَّا في حالِ الضَّرُورَةِ: وهو أنَّهُ لا يَجِدُ ذَكِيَّةً أُخرَىٰ بيقينٍ، فيتحرَّىٰ بكلِّ حالٍ، سواءٌ أكانتِ المذبوحةُ أكثرَ، أوْ كانتِ المَيْتَةُ أكثرَ، أوْ كانتَا سواءً؛ لأنَّ المَيْتَةَ تَحِلُّ عندَ الضَّرُورَةِ، فالمختَلِطُ أَوْلَىٰ، ولكنْ لا يأكلُ مِنْ غيرِ التَّحَرِّي؛ لأنَّ التَّحَرِّيَ قدْ يَصْلُحُ دليلَ الوصولِ إلىٰ الحلالِ، فلمْ يَصِحَّ تَرْكُهُ بلا ضرورةٍ.

وأمَّا في حالةِ الاختيارِ: فيجوزُ التَّحَرِّي عندَ غَلَبَةِ الحلالِ لا غيرُ.

وقالَ الشَّافِعِيُّ: في حالةِ الاختيارِ لا يجوزُ الأكلُ[٢]؛ لأنَّ التَّحَرِّيَ دليلٌ ضروريٌّ، ولا ضرورةَ في حالةِ الاختيارِ؛ ولهذا لا يتحَرَّىٰ بالاتفاقِ عندَ غَلَبَةِ الحلالِ[٣]، واستواءِ الحلالِ معَ الحرامِ.

ولنا: أنَّ غَلَبَةَ الحلالِ تقومُ مقامَ الضَّرُورَةِ في إفادةِ الإِبَاحَةِ، فكما أنَّ في

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٣٤].

(٢) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [١/١٦٧]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [١/٢١٦]. و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [١/٢٥٢].

(٣) وقع بالأصل: «الحرام». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

الْحَالَةُ حَالَةَ الِاخْتِيَارِ. أَمَّا فِي حَالَةِ الضَّرُورَةِ يَحِلُّ لَهُ التَّنَاوُلُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ. لِأَنَّ الْمَيْتَةَ الْمُتَيَقَّنَةَ تَحِلُّ لَهُ فِي حَالَةِ الضَّرُورَةِ، فَالَّتِي تَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ ذَكِيَّةً

حالةِ الضَّرُورَةِ يُباحُ المَيْتَةُ، فكذلكَ يباحُ التناولُ عندَ غَلَبَةِ الحلالِ على الحرامِ؛ لأنَّ للغالبِ حُكْمَ الكلِّ؛ لأنَّ القليلَ لا يُمْكِنُ الاحترازُ عنه، وكلُّ قليلٍ لا يُمْكِنُ الاحترازُ عنهُ؛ فهو عَفْوٌ كما في النَّجَاسَةِ القليلةِ.

أَلَا ترَىٰ أنَّ مَنِ اشْتَرَىٰ لحمًا أوْ خُبزًا مِنْ أسواقِ المسلمينَ؛ يَحِلُّ لهُ التناوُلُ مِنْ غيرِ سؤالٍ؛ اعتبارًا للغَلَبَةِ، دفْعًا للحَرجِ، وإنْ كانَ لا تخلُو أسواقُ المسلمينَ عنْ حرامٍ، بأنْ يكونَ ذلكَ مسروقًا أوْ مغصوبًا.

وكذلكَ مَنْ كانتْ لهُ أختٌ رضاعيَّةٌ في مِصْرٍ، وهو لا يَعْرِفُهَا؛ جازَتْ مناكحتُهُ في ذلكَ المِصْرِ؛ لغلبةِ الحلالِ، أوْ لعمومِ البلْوَىٰ، فكذلكَ فيما نحنُ فيه، إلَّا أنَّهُ لَمَّا عَلِمَ بالحرامِ في الأغنامِ، لا يَأْكُلُ مِنْ غيرِ التَّحَرِّي؛ لأنَّ التَّحَرِّيَ يَصْلُحُ دليلًا لإصابةِ الحقِّ، فعندَ العِلْمِ بالحرامِ [٣/٥٧٥ظ] لَمْ يَجُزْ تَرْكُ التَّحَرِّي، بخلافِ ما إذا كانتِ الغَلَبَةُ للحرامِ، أوْ كانَا سواءً؛ لأنَّهُ لا ضرورةَ حينئذٍ؛ لأنَّ الحالَ حالُ الاختيارِ؛ لأنَّهُ يَجِدُ ذكيَّةً أُخْرَىٰ بيقينٍ.

وقالَ الإمامُ ظَهِيرُ الدِّينِ إسحاقُ الْوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواهُ»: «إذا كانَ لرَجُلٍ مَسَالِيخُ غنَمٍ، فاختلَطَ بها ذبيحةُ مجوسيٍّ، أوْ مَيْتَةٌ؛ لمْ يَدْرِ أيتَهُنَّ هيَ، إنْ كانتِ الغَلَبَةُ لِلذَّكِيَّةِ، أوِ المَيْتَةِ، أوِ استويَا [٨/٣٥٤ظ/م]، [إنْ][1] كانَ في حالةِ الاضطرارِ، وهو ألَّا يَجِدَ ذَكِيَّةً أُخْرَىٰ، واضْطرَّ إلىٰ الأكلِ؛ تحَرَّىٰ للأكْلِ في الوجوهِ الثلاثةِ؛ لأنَّ أكْلَ المَيْتَةِ بيقينٍ يُباحُ حالةَ الاضطرارِ، فبالتحَرِّي أَوْلَىٰ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الْوَلْوَالِجيَّة».

أَوْلَىٰ، غَيْرَ أَنَّهُ يَتَحَرَّىٰ لِأَنَّهُ طَرِيقٌ يُوَصِّلُهُ إِلَى الذَّكِيَّةِ فِي الْجُمْلَةِ فَلَا يَتْرُكُهُ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ.

غاية البيان

وأَمَّا في حالةِ الاختيارِ: وهو أنْ يَجِدَ ذَكِيَّةً أُخرَىٰ بيقينٍ، إنْ كانَتِ الغَلَبَةُ لِلذَّكِيَّةِ يتحَرَّىٰ، فيُلْقِي ما يَظُنُّ أنَّهُ حرامٌ، ويأكلُ البقيَّةَ وإنْ كانَ يَجِدُ ذكيَّةً أُخرَىٰ بيقينٍ؛ لأنَّ أموالَ الناسِ لا تَخْلُو عنْ قليلِ حرامٍ، فلو لَمْ يَجُزِ الانتفاعُ بالتحرِّي؛ لأدَّىٰ إلىٰ تعطيلِ أُمورِ الناسِ، فيُؤدِّي إلىٰ حرَجٍ عظيمٍ.

وإنْ كانتِ الغَلَبَةُ لِلمَيْتَةِ، أوِ استويَا؛ لَمْ يتحَرَّ بشيءٍ منها إلَّا بعلَامةٍ يُعْرَفُ بها الحلالُ؛ لأنَّ الحرامَ معَ الحلالِ إذا اجْتَمَعَا غَلَبَ الحرامُ الحلالَ، إلَّا أنَّا تركْنَا القياسَ فيما إذا كانتِ الغَلَبَةُ للحلالِ؛ دفعًا للحَرَجِ، ولوْ أخَذْنَا بالقياسِ في هذَيْنِ الوجهَيْنِ؛ لأدَّىٰ إلىٰ الحرجِ؛ لأنَّ أموالَ الناسِ لا تَخْلُو مِنْ [أنْ يكونَ][1] الأكثرُ حرامًا، أوِ النصفُ حرامًا.

ثُمَّ العلَامةُ الَّتِي يُعْرَفُ بها الحلالُ قالُوا:

مِنَ العلامةِ: أنَّ المَيْتَةَ إذا أُلقِيَتْ[2] في الماءِ؛ تطفُو فوقَ الماءِ؛ لِمَا بَقِيَ فيهَا مِنَ الدمِ، والذَّكِيَّةُ لا.

والأصحُّ: أنَّ علَامةَ الذَّكَاةِ أنْ تكونَ أَوْدَاجُهُ خاليةً عنِ الدمِ، وعلامةُ المَيْتَةِ: امتلاءُ أَوْدَاجِهِ مِنَ الدمِ، وقدْ قالُوا فيه أشياءَ، والأصحُّ ما ذَكَرْنا.

وكذا الزيتُ إذا اختلَطَ معَ وَدَكِ المَيْتَةِ، أَوْشحْمِ الخِنْزِيرِ بمثلِهِ، أوْ أكثرَ منه؛ لَمْ يَنْبَغِ لهُ أنْ يَنْتَفِعَ بشيءٍ مِنْ ذلكَ، ولا يُباعَ، ولا يُسْتَصْبَحَ بِهِ، ولا يُدَّهَنَ، ولا

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوَىٰ الوَلْوَالِجيَّة».

(٢) وقع بالأصل: «أن الميت إذا ألقي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوَىٰ الوَلْوَالِجيَّة».

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ الْأَكْلُ فِي حَالَةِ الِاخْتِيَارِ وَإِنْ كَانَتْ الْمَذْبُوحَةُ أَكْثَرَ لِأَنَّ التَّحَرِّيَ دَلِيلٌ ضَرُورِيٌّ فَلَا يُصَارُ إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ، وَلَا ضَرُورَةَ لِأَنَّ الْحَالَةَ حَالَةُ الِاخْتِيَارِ.

غاية البيان

يُدْبَغَ جِلدٌ بِهِ؛ لأنَّهُ كأنَّهُ وَدَكُ المَيْتَةِ، أَوْ شحْمُ الخِنْزِيرِ، فلا يُنْتَفَعُ بِهِ على حالٍ، وإنْ كانتِ الغَلَبَةُ للزيتِ لا يَحِلُّ الأكلُ، ويَحِلُّ ما عدا ذلكَ، بأنْ يُسْتَصْبَحَ بِهِ، ويَبِيعَهُ بشرطِ أنْ يُبَيِّنَ عَيْبَهُ، ويَدْبغَ بِهِ الجلودَ، ويَغْسِلَهَا؛ لأنَّ المغلوبَ تبَعٌ للغالِبِ، ولا حُكْمَ للتبَعِ»[١].

وقالَ أيضًا: «رَجُلٌ في سفَرٍ ومعهُ ثيابٌ، إنْ كانتِ الغَلَبَةُ للطاهِرِ، أوْ للنجسِ، أوِ استوَيَا؛ ففي حالةِ الاضطرارِ، بألَّا يَجِدَ ثوبًا طاهرًا بيقينٍ، واحتاجَ إلى الصلاةِ، وليسَ معهُ ما يغْسلُهُ؛ يتَحَرَّى في الوجوهِ الثلاثةِ؛ لأنَّ الصلاةَ بثوبٍ نجسٍ بيقينٍ جائزٌ حالةَ الاضطرارِ بالإجماعِ، فلَأَنْ يَجُوزَ في ثوبٍ شكَّ في نجاستِهِ وطهارتِهِ أَوْلَى.

وفي حالةِ الاختيارِ: وهو أنْ يَجِدَ ثوبًا طاهرًا بيقينٍ؛ ففي الوجهِ الأوَّلِ: يتَحَرَّى [٨/٣٥٥و/م]، وفي الوجهِ الثاني والثالثِ: لا يتَحَرَّى، وكانَ الجوابُ فيه كالجوابِ في المَسَالِيخِ.

وإذا وقعَ تحَرِّيهِ على ثوْبَيْنِ على أنَّ أحدَهُمَا هو الطاهرُ، فصلى فيه الظُّهرَ، ثُمَّ وقعَ أكبَرُ رأيِه على الآخرِ أنَّهُ هو الطاهِرُ، فصلَّى فيه العصرَ؛ لَمْ يَجُزِ العصرُ؛ لأنَّا متى حَكَمْنَا بطهارةِ الثوبِ الثاني بالرأيِ الثاني: إمَّا أنْ نَحْكُمَ [٣/٥٧٦و] [بطهارتِهِ][٢] مِنَ الأصلِ، أوْ بطهارتِهِ في المستقبَلِ مِنْ وَقْتِ العصرِ، ونجاسَتِهِ فيمَا مضى.

(١) ينظر: «الفتاوَى الْوَلْوَالِجِيَّة» [٢/٣٥٥].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوَى الْوَلْوَالِجِيَّة».

وَلَنَا أَنَّ الْغَلَبَةَ تَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ فِي إِفَادَةِ الْإِبَاحَةِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ أَسْوَاقَ الْمُسْلِمِينَ لَا تَخْلُو عَنْ الْمُحَرَّمِ الْمَسْرُوقِ وَالْمَغْصُوبِ وَمَعَ ذَلِكَ يُبَاحُ التَّنَاوُلُ

غاية البيان

لا وَجْهَ إلىٰ الأوَّلِ؛ لأنَّهُ يَظْهَرُ أنَّ الثوبَ الَّذِي أَدَّىٰ فيه الظُّهرَ نجسٌ، فَيَنتَقِضُ ما أَدَّىٰ مِنَ الظُّهْرِ، فكانَ العملُ بالرأيِ الثاني نقْضًا لِمَا أمضاهُ مِنَ الرأيِ الأوَّلِ.

ولا وَجْهَ إلىٰ الثاني؛ لأنَّ نجاسةَ الثاني أمرٌ حقيقيٌّ، لا يحتملُ التأقيتَ، بخلافِ القِبْلةِ؛ لأنَّ حقيقتَهُ أمْرٌ شرعيٌّ قابِلٌ للتوقيتِ، فأمكَنَنا توقيتُ حَقِّيَةِ[1] ما مَضَىٰ بالرأيِ الأوَّلِ إلىٰ وَقْتِ الرأيِ الثاني.

وكذلكَ علىٰ هذا: لوْ صلَّىٰ الظهرَ بالأوَّلِ، والعصرَ بالثاني، والمغربَ بالأوَّلِ، والعِشاءَ بالثاني، فما صلَّىٰ في الثوبِ الأوَّلِ جائزٌ، وما صلَّىٰ في الثوبِ الثاني لا يجوزُ، فإنِ اسْتَيْقَنَ أنَّ الثوبَ الَّذِي صلَّىٰ فيه الظُّهرَ هو النجسُ؛ أعادَ صلاةَ الظُّهرِ، وأجزأَتْهُ العصرُ؛ لأنَّهُ تَبَيَّنَ لهُ الخطأُ بيقينٍ فيما يُمْكِنُ الوقوفُ عليْهِ في الجُملةِ، هذا إذا تحرَّىٰ.

فإنْ لمْ يحْضُرْهُ التَّحَرِّي، ولكنَّهُ أخَذَ ثوْبَيْنِ فصلَّىٰ في أحدِهِمَا الظُّهْرَ، وفي الآخرِ العصرَ، هذا والأوَّلُ سواءٌ؛ لأنَّ فِعْلَ المسْلمِ محمولٌ علىٰ الصِّحَّةِ ما لمْ يَتَبَيَّنِ الفسادُ، ويُجْعَلُ كأنَّ الطاهِرَ هو الثوبُ الأوَّلُ، وهذا إذا اشتَبَهَ عليْهِ النجسُ مِنَ الطاهِرِ، أمَّا إذا لمْ يَشْتَبِهْ، وعندَهُ[2] أنهُمَا طاهرانِ، فصلَّىٰ وهو ساهِي في أحدِهِمَا الظُّهرَ، وفي الآخَرِ العصرَ، وفي الأوَّلِ المغربَ، و[في][3] الثاني العِشاءَ، ثُمَّ نظَرَ

---

(١) وقع بالأصل: «حقيقة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في النسخة الخطية من: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [ق ١٤٩/ أ/ ـ مخطوط فيض الله أفندي ـ تركيا ـ رقم الحِفْظ: ١٠٦٨].

(٢) وقع بالأصل: «وعندنا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وقَع=

اعْتِمَادًا عَلَى الْغَالِبِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْقَلِيلَ لَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ وَلَا يُسْتَطَاعُ الِامْتِنَاعُ مِنْهُ فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ دَفْعًا لِلْحَرَجِ كَقَلِيلِ النَّجَاسَةِ وَقَلِيلِ الِانْكِشَافِ، بِخِلَافِ مَا إذَا كَانَا نِصْفَيْنِ أَوْ كَانَتْ الْمَيْتَةُ أَغْلَبَ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ فِيهِ، وَاللهُ الموفق للصَّوَابِ، وَإِلَيْهِ الْمَرْجِعُ وَالْمَآبُ.

غاية البيان

فإذا في أحدِهِمَا قَذَرٌ لا يُدْرَىٰ أهو الآخَرُ أم الأوَّلُ؛ فصلاةُ الظُّهْرِ والمغربِ جائزةٌ، وصلاةُ العصرِ والعِشاءِ فاسدةٌ، كما لو اشتبهَتْ عليْهِ وتحَرَّىٰ وصلَّىٰ.

وأَمَّا الأَوَانِي: فلوْ أنَّ رَجُلًا كانَ في سفَرِهِ ومعهُ ثلاثةُ أوانٍ في كلِّ إناءٍ ماءٌ، وكانَتِ الغَلَبَةُ للطاهِرِ، أوِ النجسِ، أوْ كانَا سواءً، فإنْ كانَتِ الغَلَبَةُ للطاهِرِ: يجوزُ التَّحَرِّي في حالةِ الاختيارِ والاضطرارِ في حقِّ الشُّرْبِ والتَّوَضُّؤِ، كما في المَسَالِيخِ يجوزُ التَّحَرِّي في الحالَيْنِ للأكْلِ والبيعِ جميعًا.

وفي الوجهِ الثاني والثالثِ: لا يتَحَرَّىٰ في حالةِ الاختيارِ في الحكمَيْنِ، كما في [٨/٣٥٥ظ/م] المَسَالِيخِ، وفي حالةِ الاضطرارِ يتَحَرَّىٰ للشُّرْبِ بالإجماعِ؛ لأنَّ شُرْبَ الماءِ النجسِ بيقينٍ حالةَ الاضطرارِ جائزٌ، فشُرْبُ الماءِ المشكوكِ أَوْلَىٰ كما في المَسَالِيخِ، ولا يتَحَرَّىٰ للوضوءِ عندنَا؛ لأنَّهُ وقَعَ الشكُّ في جوازِ الوضوءِ والتَّيَمُّمِ، فاستَوَيَا.

فنقولُ: التَّيَمُّمُ أَوْلَىٰ؛ لأنَّ التَّيَمُّمَ إنْ لمْ يُفِدْ لهُ الطَّهارةَ بيقينٍ لا يُوجِبُ نجاسةَ الأعضاءِ بيقينٍ، والوضوءُ [لا يُفيدُ لهُ الطهارةَ بيقينٍ][1] وعسىٰ أنْ يُوجِبَ نجاسةَ الأعضاءِ، فكانَ اعتبارُ التَّيَمُّمِ أوْلَىٰ، فيتَيَمَّمُ، لكنْ إنْ أراقَ الماءَ، ثُمَّ تيمَّمَ كانَ أَوْلَىٰ؛ ليكونَ عادِمًا للماءِ الطهورِ، وإنْ لَمْ يُرِقْ أجزأهُ؛ لأنَّهُ عادِمٌ للماءِ الطهورِ حُكْمًا.

= في: «الفتاوَىٰ الْوَلْوَالِجيَّة».

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م»، و«فا٢». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوَىٰ الْوَلْوَالِجيَّة».

وحُكِيَ عنِ الطَّحَاوِيِّ أنَّهُ كانَ يقولُ: يَخْلِطُ النجسَ بالطاهرِ حتَّىٰ يكونَ عادِمًا للماءِ الطهورِ بيقينٍ، ويَبقَى الماءُ لهُ حتَّىٰ يشربَهُ إنِ احتاجَ إلىٰ شُرْبِهِ»[1]، واللهُ تعالَىٰ أعلمُ.

تمَّ الكتابُ بعَوْنِ المَلِكِ الوَهابِ، وصلَّىٰ اللهُ علىٰ سيدِنَا محمَّدٍ الَّذِي جاءَ بالحقِّ والصوابِ، وعلىٰ آلِهِ وذُرِيتِهِ والأصحابِ، وسَلَّمَ وكَرَّمَ تسليمًا.

[وَبَعْدَ حَمْدِ اللهِ العَزِيزِ المُوفِّقِ لِعَبْدِهِ عَلَىٰ بُلُوغِ آمَالِهِ، وَالصَّلاةِ والسلامِ علىٰ عَبْدِهِ المُصْطَفَىٰ مُحَمَّدٍ وآلِهِ، وعلَىٰ أزواجِهِ أُمَّهاتِ المؤمنينَ، ومُحِبِّيهِ أجْمعينَ.

يَقُولُ العَبْدُ الضَّعِيفُ أبو حَنِيفَةَ قِوامُ الدِّينِ أميرُ كاتِبِ بنُ أميرِ عُمَرَ العَمِيدُ الفارابِيُّ الأَتْقَانِيُّ: هذا آخِرُ «غايةِ البيانِ نادرةِ الزمانِ في آخِرِ الأَوَانِ في شَرْحِ كتابِ الهدايةِ» للإمامِ المُحَقِّقِ النِّحْرِيرِ، العلَّامةِ الكبيرِ: بُرهانِ الدِّينِ عَلِيِّ بنِ أبي بكرٍ الجَلِيلِ الرِّشْدَانِيِّ المَرْغِينَانِيِّ، تغَمَّدهُ اللهُ تعالَىٰ بأنوارِ رحمتِهِ، وأضواءِ مَغْفرتِهِ.

وَيَــرْحَمُ اللهُ عَبْــدًا قَــالَ آمِينَــا[2]

وجَهِدْتُ فيه واجتهَدْتُ، ولَمْ آلُ في إفادةِ ما استفدْتُ، وشرَحْتُ مُشْكلاتِهِ، وحلَلْتُ مُعْضلاتِهِ، وبيَّنْتُ في كلِّ بابٍ ما يحتاجُ منهُ إلىٰ البيانِ، فليسَ الخبرُ كالعِيانِ، بمنقولٍ شافٍ، ومعقولٍ كافٍ، معَ اعتراضاتٍ بتحقيقٍ، وإيرادِ أسْوِلةٍ وأجْوِبةٍ بتدْقيقٍ، تاركًا للتقليدِ جانِبًا، ولصاحِبِهِ خائبًا، وهو كما قيلَ: إنْ كانَ للضلالِ أُمٌّ فالتقليدُ أُمُّهُ، فلا جَرَمَ أنَّ الجاهلَ يَؤُمُّهُ.

---

(1) ينظر: «الفتاوَىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٣/٣٥٥ ـ ٣٥٧].

(2) هذا عَجُزُ بيتٍ لمجنونِ ليلىٰ في جملة أبيات لطيفة، وتمامُ البيت:

يَــا رَبِّ لا تَسْــلُبَنِّي حُبَّهــا أبَــدًا ✤ وَيَــرْحَمُ اللهُ عَبْــدًا قَــالَ آمِينَــا

ينظر: «ديوان مجنون ليلىٰ» [ص/٣١].

. . . .

وبَقِيْتُ فيه مُدَدًا مِنْ سنينَ، طَوْرًا علىٰ الشِّدَّةِ وطَوْرًا علىٰ اللِّينِ، بعدَ اللَّتَيَّا والَّتِي مِنْ عَضٍّ كلابِ الدهْرِ، ونَهْشِ حيَّاتِ العصْرِ، نفَىٰ اللهُ تعالَىٰ عنِ وَجْهِ الأرضِ، في الطُّولِ والعَرْضِ، كلَّ خبيثٍ مُؤْذِي، ووَسَمَهُ باسمِ المُودِي[1].

والحمدُ للهِ تعالَىٰ علىٰ سلَامةِ العاقبةِ ما طلعْتِ النجومُ الشارِقةُ، وأَفَلَتِ الغارِبةُ [٣٥٦/٨ر/م]، فحَمْدًا لهُ ثُمَّ حَمْدًا، بَدْءًا وعَوْدًا.

قالَ المُصنِّفُ: وكانَ افتتاحُ شَرْحِنَا بالقاهرةِ غُرَّةَ شهرِ ربيعِ الآخِرِ مِنْ سَنَةِ إحْدَىٰ وعشرينَ وسبعِ مئةٍ، وبعْضُهُ عُمِلَ بالعراقِ وأَرَّانَ[2]، في زمنِ السلطانِ أبي سعيدٍ[3]، نوَّرَ اللهُ قبْرَهُ، وبَرَّدَ مضْجعَهُ، وأكثرُهُ عُمِلَ ببغدادَ، وكُرَّاساتٌ معدودةٌ

(١) يعني: جعَل فيه علَامةً علىٰ كونه مُهْلِكًا ضارًّا. والوَسْمُ: هو العلَامة. والمُودِي: اسم فاعل مِن أَوْدَىٰ الرجل؛ إذا هَلَكَ. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٢٠/٢٨٤/ مادة: ودئ].

(٢) أَرَّانُ ـ كشَدَّادٍ ـ: إقليم بأَذْرَبيجانَ مُشْتَمل علىٰ بلاد كثيرة، وبينه وبين أَذْرَبِيجانَ نَهْرٌ يقال له: الرَّسُّ، كلُّ ما جاوَزَه من ناحية المغرب والشمال فهو مِن ناحية أَرَّان، وما كان مِن جهة الشرق فهو مِن أَذْرَبيجان. ينظر: «معجم البلدان» لياقوت الحموي [١/١٣٦].

(٣) هو السلطان أبو سعيد بهَادُر بن خدابنده محمد بن أَرْغون الجنكيزي، سلطان العِرَاق وخراسان وأذربيجان والروم والجزيرة. قال الصفديُّ: «أَكثَر النَّاسِ يقُولُون: «أَبُو سعيد» علىٰ أنه كُنْيته، وَالصَّحِيح علىٰ أنه علَمٌ بِلَا ألفٍ ـ يعني: «ابو سعيد» ـ هكذا رَأَيْتُ كُتبَه التي كانت تَرِد مِنْهُ على السُّلْطَان الْملك النَّاصِر يَكْتُب علىٰ ألقابه الذهبية: «بو سعيد» وَرَأَيْتُ بعضَ النَّاس يَقُول: إِنَّمَا هُوَ «بُو صِيد» بالصَّاد الْمُهْملَة، وَإِنَّمَا النَّاس عرَّبُوه».

بُويعَ له بالسُّلْطانية في الخامس من شهر صفَر (سَنَة: ٧١٧ هـ). وكان جوَّادًا، جيِّدَ الخط، عارفًا بالموسيقَىٰ، أقام في المُلْك عشرين سَنَة، وكان سببُ تَلْقِيبه بـ: بهادُر أن طائفة من التتار خرجوا عن طاعته، فقاتَل بنفسه وكَسَرهم، وذلك سَنَة: تسع عشرة وسبع مئة، فكتبوا في ألقابه ذلك، وكان من خِيَار ملوك الجنْكِيزِيَّة وأحْسَنهم سِيرةً.

وقد راجَتْ في عَهْده العلومُ والآداب، وعاش في بَلاطه كثيرٌ من الشعراء والمؤرِّخين؛ حين كان هو نفسه شاعرًا. وله أشعار جيدة باللغة الفارسية، واشتهر بجودة الخط والغِناء، وبعْدَه لم يَقُم=

مِنْ آخِرِهِ بدمشقَ.

إلى أنْ خُتِمَ فيه في السابعَ عَشَرَ مِنْ ذي القعدةِ يومَ الخميسِ أوَّلَ يومٍ مِنْ آذارَ مِنْ سَنَةِ سبعٍ وأربعينَ وسبعِ مئةٍ، وكانَتْ مدةُ الشرحِ سِتًّا وعشرينَ سَنَةً، وسبعةَ أشهرٍ، وسبعةَ عَشَرَ يومًا، والحمدُ للهِ ربِّ العالمينَ، وصلواتُهُ على محمَّدٍ وآلِه أجمعينَ](١)(٢).

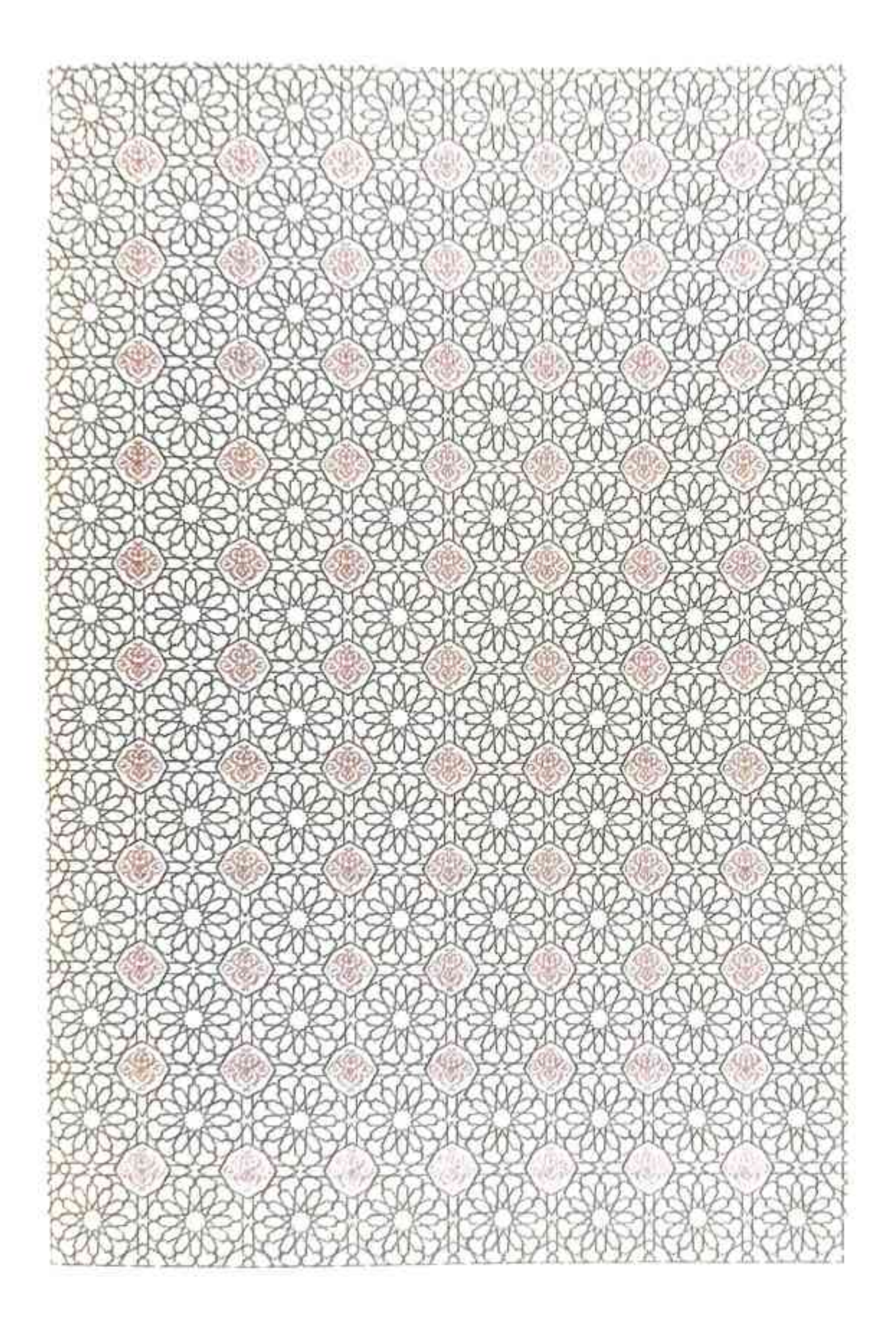
(*) المنتار قائمة. تُوفِّيَ بـ: قرية قَرَابَاغ في ربيع الآخر عن اثنين وثلاثين من (سَنَة: ٧٣٦هـ)، ينظر: «الوافي بالوفيات» للصفدي [٢٠٢/١٠]، و«الدرر الكامنة» لابن حجر [٣٩/٢]، و«سُلَّم الوصول إلى طبقات الفحول» لحاجي خليفة [٩٦/١].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا٢»، و«غ»، و«ر».

(٢) حرد النسخة (م): [فحمدا له ثم حمدا بداءً وعودا وكان افتتاح شرحنا بالقاهرة غرة شهر ربيع الآخر من سنة إحدى وعشرين وسبعمائة وبعضه عمل بالعراق وأرَّان في زمن السلطان أبي سعيد نور الله مرقده وبرد مضجعه، وأكثره عمل ببغداد وكراسات معدودة من آخره بدمشق إلى أن ختم فيه في السابع عشر من ذي القعدة يوم الخميس أول يوم من آذار من سنة سبع وأربعين وسبعمائة.

وكان جميع مدة الشرح ستا وعشرين سنة وسبعة أشهر وسبعة عشر يوما والحمد لله رب العالمين وصلاته على محمد وآله أجمعين.

يقول من علق هذه النسخة المباركة إن شاء الله تعالى .... صفي الدين بن محمد بن حسن ابن علي بن محمد بن أحمد الخليلي مولدا لوالده المخزومي نسبا المصري مولدا وموطنا الحنفي مذهبا أني نقلت هذه النسخة بعضها من نسخة المؤلف وهو خمسة عشر دفترا وقد بينت لك شيئا آخر كل دفتر من هذه النسخة والباقي من الدفاتر من نسخة نقلت من نسخة المؤلف بعضها قريبا وبعضها لا وقد بينت لك أيضا ذلك، واعلم أيضا أن هذه النسخة رابع نسخة كتبها الفقير غفر الله له ولوالديه ولمن دعا لهم بالمغفرة ولجميع المسلمين في زمن السلطان الملك الأجل سليم بن سليمان اللهم انصره وانصر عساكره وارحم أسلافه بني عثمان العادلين الصالحين إلى يوم الدين آمين وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه أجمعين].



فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضُوع	الصفحَة